GEORG JELLINEK

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Traducción y estudio preliminar

ADOLFO POSADA

Estudio introductorio

MIGUEL CARBONELL

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 12

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo
Formación en computadora y elaboración de formato PDF: Jaime García Díaz

GEORG JELLINEK

LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Traducción y estudio preliminar
ADOLFO POSADA

Estudio introductorio
MIGUEL CARBONELL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2000

Primera edición: 2000

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, C. P. 04510, México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-8373-8

CONTENIDO

LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE
Y DEL CIUDADANO

ESTUDIO INTRODUCTORIO
JELLINEK Y LA DECLARACIÓN FRANCESA DE 1789

Miguel CARBONELL

> La historia de la política es hoy todavía demasiado mera historia de la literatura, y, en cambio, muy poco la historia de las instituciones mismas.
>
> Georg JELLINEK

> No parece tener hoy gran importancia práctica, la cuestión de saber si una acción del individuo está directamente autorizada, o sólo está indirectamente reconocida por el Estado. Pero el objeto de la ciencia del derecho no se reduce a formar jueces y funcionarios, y a enseñarles cómo deben resolver los casos difíciles. Conocer el límite jurídico entre el yo y la colectividad, es el problema más elevado que la especulación debe resolver, mediante el estudio de la sociedad.
>
> Georg JELLINEK

1. *Introducción: el autor en su contexto*

Georg Jellinek es un autor que no necesita presentación. Sus obras son bien conocidas y, en su parte medular, se encuentran disponibles para los lectores de lengua castellana gracias a las magníficas traducciones publicadas en España en las primeras décadas del siglo XX.

El único objeto de estas líneas es resaltar la importancia del texto de Jellinek que nos ocupa y, sobre todo, de su objeto de análisis: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento esencial para la historia del constitucionalismo moderno.

Georg Jellinek nació en Leipzig en 1851 y murió en Heidelberg en 1911. Su formación incluye estudios de derecho, filosofía, geografía e historia del arte. En 1872 obtiene un doctorado en filosofía y en 1874 otro en derecho. En 1879 logra la *venia docendi* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Su carrera docente sigue en las universidades de Berlín y Basilea hasta llegar al que sería su destino final, en la Universidad de Heildelberg —de la que fue vicerrector—, donde enseña derecho constitucional, derecho internacional y ciencia política desde 1890 hasta su muerte en 1911. En 1907 la Universidad de Princeton le otorgó un doctorado *honoris causa*.[1]

La formación pluridisciplinar de Jellinek hace que la metodología de sus obras no quede encerrada en el formalismo que caracterizaba la teoría del Estado y del derecho de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Junto a la doctrina jurídica del Estado, nuestro autor incorpora la *teoría social* del mismo.[2] Hay un párrafo de Jellinek que refleja con nitidez la vocación multidisciplinaria que requiere la teoría del Estado:

> ...la forma dogmática de las normas jurídicas sólo puede ser explicada mediante el arte del jurista, arte que consiste en abstraer de los fenómenos jurídicos normas, y en deducir las consecuencias que éstos implican. La dogmática del derecho es irremplazable, pero el uso exclusivo de la misma es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado, de aquí que el investigador necesite a las otras disciplinas.

1 Los datos de este párrafo se toman de Lucas Verdú, Pablo, "Estudio preliminar" en Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Föster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. XII-XV, y De Hollerbach, Alexander, "Jellinek, Georg", *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales*, David Sills (dir.), Madrid, 1974, t. VI, p. 325.

2 Lucas Verdú, *op. cit.*, p. XV. Los supuestos metodológicos de la teoría del Estado de Jellinek fueron tempranamente explicados por Fernando de los Ríos, el traductor al castellano de la segunda edición alemana de la monumental *Teoría general del Estado*, Madrid, Librería General de Victoria Suárez, 1914, 2 ts. (un ejemplar de esta edición se encuentra en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Véase el prólogo de De Los Ríos, en el t. 1 de esa obra, pp. V-LXXVIII.

Una de esas disciplinas es, sin duda, la historia, que Jellinek cultiva y aplica en todas sus obras. Eso hace que el estudio de los cuerpos legales se vea animado por indagaciones históricas de la mayor profundidad, como sucede con el ensayo sobre la Declaración francesa de 1789 que ahora se presenta.

Pero la historia no es concebida, en Jellinek, como un simple recurso para la erudición, sino como un mecanismo para desvelar las raíces, los troncos iniciales de las instituciones, las conexiones remotas —o no tanto— de las ideas políticas que luego se plasman en los códigos y las Constituciones. Lucas Verdú destaca "...la preocupación jellikeniana por la realidad histórica concebida como hecho social indisolublemente unido a la evolución estatal y constitucional. No se trata de erudición profesional, ni de acumulación de datos, por eso todavía son aprovechables sus investigaciones en este campo".[3] En el mismo sentido, Adolfo Posada observa la "penetración" de los escritos históricos de Jellinek; una penetración que el mismo Posada califica como "interpretativa"[4] y, por tanto, no meramente narrativa o recopilativa de datos y fechas.

Jellinek pertenece al grupo de juristas europeos que generaron las grandes teorías del derecho y del Estado, de las cuales seguimos siendo deudores intelectuales en los inicios del siglo XXI. Junto con Laband, Gerber, Kelsen y Heller, contribuye a sentar las bases —desde el ámbito del pensamiento austriaco-germano— del derecho público contemporáneo. Pedro de Vega destaca que "Con Jellinek culmina, en efecto, la línea que, iniciada por Gerber y Laband, marcaría el hito más glorioso de la época del positivismo, capaz de oscurecer por sí misma y condenar al olvido y al silencio aportaciones tan importantes a la teoría del Estado como fueron las de Bornhak, Rehm, Richard Schmidt, etcétera".[5]

3 "Estudio preliminar", *op. cit.*, nota 1, pp. XVI-XVII.

4 Posada, Adolfo, "Estudio preliminar" en Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Estudios de historia constitucional moderna*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 8 (ahora incluido en este libro; de esa edición original existe un ejemplar en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

5 "Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX", *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 3. El propio Pedro de Vega sintetiza en un párrafo magistral

En el prólogo de su propia *Teoría general del Estado*, Kelsen le dedica un párrafo memorable a Jellinek. Dice lo siguiente:

> Compréndase que de modo especial me haya referido a la *Teoría general del Estado* de Georg Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la Teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el *standard work* de mi inolvidable maestro.[6]

Aunque su obra más conocida y difundida es la *Teoría general del Estado*, Jellinek escribió sobre una infinidad de temas. Lucas Verdú recuerda que nuestro autor "Cultivó la teoría del Estado, el derecho constitucional, el derecho administrativo, la ciencia política, la historia del pensamiento...". Al estudio de los derechos humanos no le dedicó solamente el ensayo sobre la Declaración francesa, sino también su importante obra *System der Subjetiven Öffentlichen Rechte* de 1892, que lamentablemente todavía no ha sido traducida al castellano.[7] Además de la traducción de la *Teoría*

la enorme contribución de Jellinek en el desarrollo del derecho público de finales del siglo XIX y principios del XX: "La *Teoría general del Estado* de Jellinek marca, sin duda, el momento en el que por primera vez en la historia el derecho público adquiere una explicación sistemática. Frente al *espíritu exegético* y el *comentario legalista* que presidieron la mayoría de los trabajos de derecho público de la pasada centuria (Chaveau, Serrigny, Cabatous, Ronne, Schulze, etcétera) y que llevaron a notables administrativistas franceses a reducir el derecho administrativo al comentario de las leyes administrativas y la jurisprudencia del Consejo de Estado, y frente a la tendencia contraria a considerar las cuestiones de derecho público como cuestiones filosóficas, sociológicas, históricas y, en cualquier caso, metajurídicas (que aparece en las obras de Von Mohl, Bluntschli, Rosler, Von Stein, Gumplowicz, etcétera), se presentaba la *Teoría general del Estado* de Jellinek, en los albores del siglo XX, como el prometedor horizonte que abría definitivamente el camino a una doctrina jurídica del Estado y a una vertebración lógica y sistemática del derecho constitucional", *idem*, p. 4.

6 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, p. IX.

7 Hay traducción al italiano: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. de Gaetano Vitagliano, pról. de Vitorio Emanuele Orlando, Milán, Societá Editrice, 1912

del Estado que realizó Fernando de los Ríos y de la de Adolfo Posada que integra el presente volumen, de Jellinek se encuentran vertidos al español, entre otros, su estudio *Reforma y mutación de la Constitución*, así como el pequeño libro *Fragmentos de Estado*.[8]

En todos sus escritos Jellinek demuestra una gran coherencia; su influencia en la doctrina posterior —que incluso quedaría acreditada solamente con la lectura de la cita de Kelsen ya transcrita— ha sido enorme, aunque quizá no haya sido valorada en toda su importancia.[9] No hay duda de que Jellinek es un clásico al que hay que leer y releer, y no sólo en sus obras más conocidas sino también en aquellas otras que nos aportan las claves de las grandes construcciones de su pensamiento,[10] como su ensayo sobre la Declaración francesa de 1789.

2. *El contenido de la obra*

El libro que ahora se presenta fue publicado, por primera vez, en 1895 y tuvo gran influencia en Alemania. Se trata, según el mismo autor, de un estudio preparatorio para su obra de mayor alcance: la *Teoría general del Estado*. En 1902 aparece la traducción al francés a cargo de Fardis y con prólogo de Larnaude. En Francia el libro de Jellinek tiene un impacto notable y genera una encendida réplica de Émile Boutmy publicada ese mismo año en los *Annales de Sciencies Politiques*.[11] La respuesta de Jellinek no se hace esperar; el profesor de Heidelberg ratifica sus tesis en un trabajo publicado en la *Revue du Droit Public et de la Sciencie Politique en France et l'étranger*, dirigida entonces por Larnaude, prologista de la traducción francesa de la obra de Jellinek.

Dos años después, en 1904, Jellinek publica en Alemania la segunda edición de su ensayo en la cual se hace cargo de las observaciones de Boutmy, aunque mantiene sus puntos de vista ori-

(un ejemplar de esta edición se encuentra en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

8 Trad. de Herrero de Miñón, Miguel *et al*., Madrid, Civitas, 1978.

9 Lucas Verdú, "Estudio preliminar", *op. cit.*, nota 1, p. XIX.

10 En el mismo sentido, *ibidem*, pp. LXXVIII y ss.

11 Véase *infra* el "Estudio preliminar" de Adolfo Posada.

ginales. La presente traducción se ha hecho de esa segunda edición e incluye el artículo de Jellinek en el que replica a Boutmy. El plan original del traductor era incluir también el trabajo de Boutmy, pero lamentablemente esto no fue posible.[12]

Como se verá, ya en el mismo prólogo de la segunda edición Jellinek hace referencia a su polémica con Boutmy, de quien dice que se ha dejado llevar por el "apasionamiento", poniendo "sus sentimientos en lugar de los hechos" y la declamación ingeniosa en vez de la demostración. El debate Jellinek-Boutmy ha sido calificado, con acierto, como una "célebre polémica transnacional" y ha encontrado eco hasta nuestros días.[13]

Jellinek centra su exposición en lo siguiente: *A)* La incompatibilidad entre las tesis del *Contrato social* de Rousseau y las Declaraciones de derechos; *B)* La influencia directa de las Constituciones de las 13 colonias norteamericanas sobre los contenidos de la Declaración de 1789, y *C)* La concepción de la libertad religiosa en las colonias de Estados Unidos como precedente de la consagración de derechos universales del hombre. Veamos sus argumentos.

A) Para nuestro autor el origen de la Declaración francesa del 26 de agosto de 1789 no se encuentra en Francia, ni en el pensamiento francés, sino en Estados Unidos y, sobre todo, en el desarrollo constitucional de las 13 colonias.

Jellinek no deja de subrayar la influencia e importancia de la Declaración: "bajo su influjo —escribe— se ha formado la noción de los Derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo de los Estados del Continente europeo".[14] Tampoco escatima a Francia el mérito de haber llevado a cabo una obra de enorme valor civilizatorio:

12 El texto de Boutmy y otros sobre la polémica iniciada por Jellinek se encuentran en González Amuchástegui, Jesús (ed.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.

13 García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 66-68.

14 La evolución histórica del concepto de derecho subjetivo se encuentra explicada en la obra citada de García de Enterría. Una visión más contemporánea puede verse en Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

> Si hoy —apunta casi al final de su obra— en todos los Estados de civilización moderna, asegura la ley al individuo una esfera jurídica firme, y las instituciones públicas descansan sobre la convicción de que hay un derecho de la persona individual, frente a frente hasta del poder soberano del Estado, corresponde en este resultado a Francia la parte más importante, cualquiera que pueda haber sido la eficacia política inmediata de la Declaración francesa, en los tiempos de la Revolución.

Lo primero que Jellinek trata de desmentir es la visión de que fue *El contrato social* de Rousseau, la obra que inspira la Declaración de derechos. No pudo haber sido así, sostiene, debido a que el contrato social representa justamente lo contrario a los derechos del individuo: los miembros de la comunidad, unidos por el contrato, enajenan a la *volonté générale* todos sus derechos. Los principios del contrato social, afirma Jellinek, son contrarios a una declaración de derechos, porque del primero se desprende la omnipotencia de la voluntad general, "jurídicamente sin límites".[15]

Aunque es cierto que, como señala Jellinek, parece haber una contradicción conceptual importante entre la centralidad que le otorga Rousseau a la "voluntad general" y la existencia de una declaración de derechos que busca imponerse incluso sobre el legislador,[16] también hay poderosos e innegables ecos roussenianos en la Declaración de 1789.[17] Basta leer, para advertir lo anterior, su artículo 6o. que dice:

> La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o por sus representantes,

15 Recientemente, ha sido Luigi Ferrajoli quien ha recordado que tomar la doctrina de la voluntad general como un parámetro de legitimación absoluto y exclusivo puede resolverse en el "sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos", *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés y otros, Madrid, Trotta, 1998 (reimpr.), p. 884.

16 García de Enterría apunta que "Es patente que la Declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de valor superior a las leyes ordinarias, lo que la erigía en un límite al legislador", *op. cit.*, nota 13, p. 77.

17 Veáse el resumen que hace Posada de las objeciones de Boutmy a esta tesis de Jellinek, en las páginas 62 y ss. de la edición de 1908 de este libro, que desde luego también se encuentra en la presente obra.

> en su elaboración. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.[18]

B) Habiendo descartado a Rousseau como fuente de inspiración de la Declaración francesa, Jellinek se propone buscar sus antecentes en otra parte y los encuentra, citando de entrada las memorias de Lafayette, en las Constituciones de las colonias de Estados Unidos y, concretamente, la Declaración de Virginia de 1776, que va encabezada por un "solemne" *Bill of rights*. Para él

> La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *bills of right* o *Declarations of rights*. Todos los proyectos de Declaración francesa, desde los contenidos en las actas hasta los veintiún proyectos presentados en la Asamblea Nacional, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas. En punto a adiciones originales sólo contienen desarrollos de doctrina pertenecientes, más bien, al dominio de la metafísica política.

Para demostrar lo anterior, Jellinek compone una tabla comparativa en la que identifica los contenidos de la Declaración con otros, prácticamente idénticos, de diversas Constituciones de las colonias norteamericanas. Para Boutmy el procedimiento seguido por Jellinek es "sospechoso [y] contiene una causa grave de error". La operación comparativa, según Boutmy, está sesgada y se ha hecho a gusto y modo de Jellinek para demostrar su tesis. Para Boutmy la influencia no hay que encontrarla al otro lado del atlántico, sino más bien en los documentos ingleses anteriores y en la atmósfera general que se había desarrollado a partir de las obras de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau, entre otros.

Desde luego, Jellinek no ignora la importante influencia del derecho inglés sobre el desarrollo constitucional de las colonias americanas. Las cláusulas de las primeras Constituciones de Estados Unidos pueden ser rastreadas, según Jellinek, en el *Bill of rights*

18 Véanse las observaciones de García de Enterría, *op. cit.*, nota 13, pp. 114-124; del mismo autor, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 21 y ss.

de 1689, el *Habeas corpus act* de 1679, la *Petition of right* de 1627 y la *Magna charta libertatum*, los cuales "parecen ser los precursores indiscutibles del *Bill of right* de Virginia".[19] Esto no le impide, sin embargo, afirmar que existe gran diferencia entre los documentos ingleses y los desarrollados por las colonias y concluir que serían más bien estos últimos los que habrían influenciado a los asambleistas franceses. Una diferencia esencial es la relación entre los derechos y la ley. "Según el derecho inglés —sostiene Jellinek—, el Parlamento es omnipotente: todas las leyes por él aceptadas o elaboradas tienen igual valor... Las Declaraciones americanas, por el contrario, contienen reglas que están por encima del legislador ordinario". Este punto es relevante porque va a dar lugar, en Estados Unidos, al surgimiento de un peculiar modelo de control de constitucionalidad de las leyes que no ha sido desarrollado, ni remotamente, en Inglaterra.[20]

Otra diferencia importante entre, por ejemplo, el *Bill of rights* inglés y las Constituciones de las colonias americanas consiste en que en el primero se contienen pocos derechos y se señalan, más bien, los deberes del gobierno. Las Declaraciones americanas, por el contrario, "Enumeran —dice Jellinek— una porción mayor de derechos que las Declaraciones inglesas, y los consideran como derechos innatos e inalienables. ¿De dónde viene esta manera de ver de las leyes americanas?... No proviene del derecho inglés —concluye nuestro autor—". Sobre este punto, Pedro Cruz Villalón apunta que

> Los derechos, en efecto, son americanos, lo cual no quiere decir que sean menos europeos, toda vez que, culturalmente, América no era entonces sino una provincia de Europa algo más alejada geográficamente. En realidad, los derechos son sencillamente iusnaturalistas, y las concepciones en aquella polémica enfrentadas,[21] distintas versiones del iusnaturalismo.[22]

19 Sobre el desarrollo histórico de los documentos constitucionales americanos y su comparación con lo sucedido en el continente europeo, Clavero, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988, con abundantes referencias bibliográficas complementarias.

20 Véase Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 43 y ss.

21 Se refiere a la polémica Jellinek-Boutmy.

22 "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *La curiosidad del*

Para apoyar su tesis sobre la influencia norteamericana, Jellinek recuerda que los textos constitucionales norteamericanos fueron conocidos y apreciados por los integrantes de la Asamblea Nacional francesa. Este punto es refrendado, en iguales términos, por un autor francés importante: León Duguit. Para él la Constitución norteamericana de 1787 juega un papel importante en las deliberaciones de la Asamblea francesa. Los Diputados de dicha Asamblea pudieron conocer el texto mismo de la Constitución de 1787 y tuvieron además acceso a las obras de John Adams, segundo presidente de los Estados Unidos, y de Robert Livingston que hacían su apología.[23] De la Constitución de Estados Unidos recogen los franceses, dice Duguit, "la teoría de los tres poderes y más especialmente la noción de Poder Judicial, poder soberano, independiente, emanado directamente del pueblo", así como la situación, papel y responsabilidad de los ministros.[24]

A pesar de ello, la Asamblea toma buena nota de las diferencias que hay entre Francia y Estados Unidos; en la sesión del 31 de agosto de 1789 Lally-Tollendal advierte lo siguiente:

> No pretendemos, en absoluto, establecer una comparación entre Francia y los Estados Unidos de América. Sabemos que esto constituiría un raro abuso del razonamiento y de la palabra, querer juntar dos pueblos y dos posiciones tan diferentes. Por un lado, una República federal, formada por trece Repúblicas nacientes, en un mundo nuevo, tres millones de habitantes, es decir quinientas mil cabezas de

jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 32.

23 Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. y presentación de Pérez Tremps, Pablo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 18 y 19. García de Enterría apunta sobre el tema lo siguiente: "El influjo de estas Declaraciones americanas sobre la Declaración francesa de 1789 no es, desde luego, discutible. Recordemos que entre 1778 y 1783 se habían publicado cuatro ediciones de un volumen que recopilaba y traducía, por iniciativa de Franklin, las *Constitutions des treize États-Unis de l'Amerique*, que está perfectamente probado que estuvo en las manos de los constituyentes más influyentes y que incluso fue citado con frecuencia durante el debate del que salió la Declaración de 1789. El problema es estimar el grado de esa influencia", *op. cit.*, nota 13, pp. 66 y 67.

24 Duguit, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

> familia, casi todos propietarios agrícolas, viviendas dispersas; sin enemigos que combatir, sin vecinos que temer, costumbres sencillas, necesidades limitadas; por otro lado, una monarquía antigua, en el viejo mundo; veintiséis millones de personas, de los cuales dos millones, a lo sumo, son propietarios de tierras, una población amontonada, siempre con vecinos y con rivales, a menudo con enemigos exteriores, y como enemigos interiores los prejuicios, las necesidades, las pasiones, y todo lo que de ello deriva, y todo lo que debe ser su freno.[25]

Ahora bien, en cuanto al desarrollo posterior de los derechos, es importante destacar, siguiendo a Cruz Villalón, que las Declaraciones francesa y norteamericanas de derechos comparten los rasgos de la llamada "iusnaturalización", pero no de su "constitucionalización". Veamos:

Tanto en el caso de las colonias norteamericanas como en el de la Asamblea Nacional francesa, es obvia la concepción de los derechos como una derivación del contrato social, el cual prefigura no solamente a esos derechos, sino también al resto de la organización social. En este sentido, las diferencias entre "parte orgánica" y "parte dogmática" de la Constitución se borran porque los derechos son tan "iusnaturales" como la existencia y organización misma del Estado.[26] La manifestación iusnaturalista del pacto social se encuentra claramente establecida, por ejemplo, en el artículo 1o. de la Declaración de Virginia al señalar que "...todos los hombres son *por naturaleza* igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un *estado de sociedad*, no pueden privar o desposeer a su posteridad en virtud de pacto alguno..." (cursivas mías).[27] Parecida es la concepción del artículo 2o. de la Declaración francesa de 1789 que establece: "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...". Jellinek, en la tabla comparativa del capítulo V de su ensayo sobre la Declaración (véase *infra*), hace explícita esta semejanza.

25 *Ibidem,* p. 19.

26 Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *cit.*, p. 34.

27 Veánse las observaciones de Bartolomé Clavero, *op. cit.,* nota 19, pp. 25 y ss.

Pero la suerte de los derechos se distingue en Francia y en Norteamerica en el momento de la "constitucionalización", a partir de tres datos fundamentales. En primer término, las *Declarations of Rights* forman parte de los textos constitucionales mismos,[28] no figurando como un anexo o un preámbulo. En segundo lugar, en Estados Unidos los derechos se encuentran sujetos al poder de revisión constitucional, pudiendo por tanto ser modificados a través del procedimiento establecido por los respectivos textos constitucionales;[29] lo cual es impensable en Europa. Finalmente, el tercer ejemplo de la distinta "constitucionalización" se encuentra en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, lo que en Estados Unidos se conoce como la *Judicial Review*, que comienza a ser ejercida antes incluso de que se promulgue la Constitución federal de 1787;[30] en Francia y en el resto de Europa, por el contrario, se asiste a lo que Cruz Villalón llama "una constitucionalización fracasada" que hace equivalentes al principio de legalidad y a los derechos,[31] como señala en su ensayo Jellinek, y que va a perdurar durante todo el siglo XIX.

Con todo, Jellinek no deja de observar importantes diferencias entre las Declaraciones americanas y la francesa. Una de ellas es que —según nuestro autor— en Estados Unidos las Declaraciones de derechos son una narración de un estado de cosas que ya existía en la medida en que los ciudadanos ya tenían asumidos los derechos que luego se formalizan; mientras que en Francia, por el contrario, las Declaraciones aspiran a generar un cambio en el funcionamiento del Estado y en las relaciones entre éste y los ciudadanos. "Tal es la diferencia —sostiene Jellinek— más importante entre la Declaración de derechos de los americanos y la de los franceses, pues, entre los primeros, las instituciones prece-

28 Cruz Villalón, *op. cit.*, nota 26, p. 36.

29 *Ibidem*, p. 37. El autor cita, como ejemplo, el artículo 42 de la Declaración de Maryland que dispone: "Que esta Declaración de Derechos, o la estructura política que establezca esta Convención, o cualquiera de sus partes, no pueden ser alteradas, modificadas o abolidas por el Parlamento de este Estado sino del modo que esta Convención prescriba y ordene".

30 *Ibidem*, p. 38.

31 *Ibidem*, p. 39. Véase también, García de Enterría, *op. cit.*, nota 13, capítulo III y Clavero, Bartolomé, *op. cit.*, nota 19, pp. 41-57.

dieron al reconocimiento solemne de los derechos de los individuos, mientras entre los segundos vienen después".

Con toda seguridad, hay otras diferencias entre las Declaraciones americanas y francesa, pero Jellinek no repara en ellas, o por lo menos no suficientemente. Para Eduardo García de Enterría hay por lo menos dos cuestiones en las que la Declaración francesa se aparta ostensiblemente de los documentos norteamericanos y que ayudarían a desmentir la tesis de Jellinek sobre la decisiva influencia de estos últimos sobre aquella. La primera cuestión es la "concepción radical de la sociedad y del Estado como un fruto de la simple coexistencia de las libertades"; la segunda es "el papel central reservado a la ley" en la Declaración francesa, lo cual explicará su influencia decisiva "en el origen del derecho público europeo, una construcción que no llegó a producirse por ello en el siglo XIX americano".[32]

C) Para Jellinek, el origen de los derechos universales del hombre hay que buscarlo en las luchas que se dan para imponer la tolerancia religiosa tanto en Inglaterra, primero, como —sobre todo—, en las colonias norteamericanas después. Cita como ejemplo la tarea de Roger Williams, quien es expulsado de la comunidad puritana de Salem, segunda colonia de Massachussets, por defender una absoluta libertad religiosa, no solo para los cristianos, sino también para los judíos, turcos y paganos, de tal modo que todos ellos tuvieran frente al Estado los mismos derechos civiles y políticos. La visión de Williams tarda en realizarse, pero el derecho de libertad de conciencia va imponiéndose poco a poco hasta ser reconocido en casi todos los *Bills of rights* en 1776.[33]

En ese origen religioso, y no político, Jellinek ubica la idea de consagrar los derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo. Para él:

> Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la revolución, es en realidad un fruto de la reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de

32 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, pp. 70 y 79.

33 Bartolomé Clavero recuerda el "ambiente de religión" que se respira en el conjunto de documentos constitucionales de las colonias norteamericanas, *op. cit.*, nota 19, pp. 29-31.

> su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aun hoy recuerdan con veneración.

Aunque el ensayo de Jellinek contiene otros aspectos que valdría la pena comentar, los tres mencionados sirven como introducción general a las tesis principales del libro, de tal forma que el lector cuente con alguna perspectiva previa antes de iniciar su lectura. Aparte del pensamiento de Jellinek, quizá sea importante resaltar también su objeto de estudio, es decir, la Declaración francesa de 1789, su importancia y las lecciones que todavía contiene para los interesados en la temática de los derechos humanos y, en general, del derecho constitucional contemporáneo. De eso trata el siguiente apartado, pero antes de abordarlo tal vez convenga dedicar algunas palabras al traductor de la obra.

Adolfo Posada fue un brillante constitucionalista español. Escribió un gran número de libros y tradujo a varios de los autores más importantes de finales del siglo XIX y principios del XX, tales como Von Jhering, Dugit, Wilson y el mismo Jellinek, por supuesto (véase *infra* una selección de obras del propio Posada y de sus traducciones). El trabajo de Posada en el campo del derecho político y constitucional contribuyó sin duda a formar, en sus inicios, lo que con el tiempo (y a pesar de la larga noche franquista) se ha convertido en la escuela española de derecho constitucional, que junto con la alemana y la italiana, constituye hoy en día el avance del pensamiento constitucionalista europeo contemporáneo.

En la bibliografía de Posada se encuentran títulos tan importantes (fundadores, podría decirse) como *El régimen constitucional. Esencia y forma. Principios y técnica* o *La crisis del constitucionalismo*. En esta última obra, que reúne los discursos pronunciados en las sesiones de 1923 y 1924 de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Posada subrayaba la "fuerza expansiva" del modelo del Estado constitucional como forma de organización política, anticipándose varias décadas a lo que vino a suceder después de la Segunda Guerra Mundial y, con mayor contundencia, desde 1989.

Posada fue profesor de la Universidad de Oviedo y parece haber sido la semilla de un movimiento constitucional de importantes

dimensiones; en Oviedo se cuenta en la actualidad con uno de los fondos bibliográficos más importantes que existen en España sobre derecho constitucional y bajo cuyos auspicios se ha instrumentado una "red de derecho constitucional europeo" que, a través de internet, ofrece diversos materiales y recursos a los interesados en esta temática (www.constitucion.rediris.es).

3. *La Declaración de 1789 en el siglo XXI*

¿Tiene algo que aportar la Declaración francesa a los juristas del siglo XXI? ¿Qué cabe esperar de una lectura actual de dicho documento? Para responder afirmativamente a la primera de esas preguntas bastaría tener en cuenta la Declaración es, todavía hoy, parte integrante de la vigente Constitución francesa de 1958, tal como lo reconoce su preámbulo.

Pero eso se vuelve irrelevante cuando se tiene en cuenta que 1789 significa, junto con 1787, la *hora inaugural* del Estado constitucional y que, dos siglos después, representa una barrera cultural a favor de la dignidad y la libertad humanas que no admite retrocesos. Peter Häberle cita a Kant para recordar que "Un fenómeno tal en la historia de la humanidad *ya no se olvida*, porque ha dejado al descubierto en la naturaleza humana una capacidad de perfección y una predisposición hacia ella".[34] El mismo Häberle escribe que

> Los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al *Federalista*) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro. Igualmente resultan eficaces como potencial de fuerzas y reservas dinámicas: por ejemplo, como dignidad humana *en el puesto de trabajo*, como separación de poderes en sentido amplio entre empresarios y sindicatos, como democracia interna en los partidos.[35]

34 Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, pról. de López Pina, Antonio, Madrid, Trotta, 1998, p. 87.

35 *Ibidem*, p. 88.

El famoso artículo 16 de la Declaración dibuja los rasgos esenciales, el "contenido mínimo",[36] de un Estado constitucional: división de poderes y garantía de los derechos.[37] Su enseñanza no se agota en la formulación de una tipología determinada de Estado, sino que ha servido y sigue sirviendo para legitimar el avance de la democracia y las libertades; pero sobre todo ha servido también como parámetro de deslegitimación para aquellos Estados que se quieren presentar como *Estados constitucionales* cuando en realidad son más bien *dictaduras constitucionales*.

Hoy sabemos que más allá de la retórica y de los compromisos de la diplomacia internacional, no hay un Estado que se pueda llamar constitucional sin tener prevista una separación de poderes y reconocidos (y garantizados) los derechos fundamentales. Quizá sea este precepto el que signifique la clave de bóveda del constitucionalismo. Bastaría con él para que la Declaración hubiera pasado a la historia de la lucha de las libertades contra el despotismo. Pero la Declaración ofrece mucha más materia para alimentar la construcción de esa obra siempre inacabada que es el Estado constitucional.[38]

36 Tomás y Valiente, Francisco, "Constitución", *Enciclopedia iberoamericana de filosofía. Filosofía política II. Teoría del Estado*, edic. a cargo de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta-CSIC, 1996, p. 49.

37 Dicho artículo dispone: "Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución". Véanse las observaciones de Palombella, Gianluigi, *Constituciones y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Granada, Comares, 2000, pp. 77 y ss.

38 Véase, entre otros, los siguientes trabajos: Peces Barba, Gregorio, "Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa", *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993; Puy, Francisco, "Los derechos en la Declaración de 1789", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 6, 1990; Peces Barba, Gregorio y Fernández, Eusebio (dirs.) *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad: siglos XVI-XVII*, Madrid, Dikynson, 1998. En francés pueden verse, de entre las obras más recientes, Colliard, C. A. y Conac, G. (dirs.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, París, La Documentation française, 1990; Rials, S., *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, París, Hachette Pluriel, 1988 y Conac, G. *et al.* (dirs.), *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, París, Económica, 1993; Troper, M. y Jaume, L. (eds.), *1789 et l'Invention de la Constitution*, Bruselas, París, 1994.

Es de nuevo Häberle quien mejor sintetiza las aportaciones de 1789 al tipo *Estado constitucional*. A la Declaración francesa le debemos, según este autor, lo siguiente:[39]

A) El carácter escrito de las Constituciones, en la línea del modelo estadounidense desde el *Bill of rights* de Virginia de 1776;
B) Los derechos fundamentales del individuo como derechos innatos e imprescriptibles del hombre; los artículos 1o. y 2o. de la Declaración lo expresan con toda rotundidad: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común";[40] "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión";[41]
C) Las Declaraciones o tablas de derechos humanos en su conjunto, así como también derechos individuales: sus contenidos, ámbitos de protección y funciones;
D) De la mano del inciso anterior, la idea de la codificación y de la positivación del derecho;

39 Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 34, pp. 76 y 77.

40 Häberle señala que este artículo 1o. constituye una suerte de "dogma permanente del Estado constitucional", *ibidem*, p. 49.

41 Luigi Ferrajoli explica la forma en que este paradigma resulta invertido en el siglo XIX, por obra de la doctrina alemana del derecho público; *op. cit.*, nota 15, pp. 912 y 913. Por su parte, García de Enterría destaca que el hecho de declarar la propiedad como derecho natural e imprescriptible constituye uno de los pivotes del Código Civil de Napoleón, de corte radicalmente individualista *op. cit.*, nota 13, p. 82; dicho Código tuvo enorme influencia en el desarrollo del derecho privado de gran parte de los sistemas jurídicos de inspiración romano-canónica, como es el caso de México, desde luego. El artículo 2o. de la Declaración, en lo referido a la propiedad, se complementa con el artículo 17 de la misma Declaración que considera que "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella a no ser que lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente acreditada, y a condición de una justa y previa indemnización".

E) La doctrina del poder constituyente del pueblo, siguiendo las ideas de Sieyés,[42] o de la *soberanía popular* y la *representación*. Cabe recordar que la Declaración empieza diciendo: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional...". Su artículo 3o. establece que "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación ni individuo pueden ejercer autoridad que no emane de ella". García de Enterría apunta que a partir de 1789 y en contraposición con lo que sucedía en el antiguo régimen, "La autoridad la ha de ejercer siempre el pueblo, los agentes que actúen en su nombre serán ocasionales, temporales, revocables, nunca propietarios del poder, que pueden ejercer sólo en nombre del pueblo y por comisión del mismo".[43] El contenido del artículo 3o. de la Declaración perdura en muchas Constituciones contemporáneas, incluyendo la vigente Constitución francesa, así como la Constitución mexicana de 1917.[44]

F) La separación de poderes, siguiendo las ideas de Montesquieu y los planteamientos constitucionales que se toman de los Estados Unidos.

G) El concepto de *ley-voluntad general* en el sentido de Rousseau, junto con el procedimiento legislativo. Además del artículo 6o., que ya se ha transcrito, la Declaración realiza en sus artículos 5o., 7o. y 8o., lo que García de

42 Häberle nos recuerda que el Tribunal Constitucional alemán citó a Sieyés y su *pouvoir constituiant* en la primera sentencia sobre reordenación territorial, *op. cit.*, nota 34, p. 77.

43 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, pp. 103 y 104.

44 Un contenido similar tenía ya la Constitución francesa de 1791, que en su artículo 1o. establecía: "La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la nación; ninguna parte del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio". Por su parte, el artículo 3o. de la Constitución francesa de 1958 dispone: "La soberanía nacional pertenece al pueblo, que la ejercerá a través de sus representantes y por vía de referéndum... Ninguna sección del pueblo y ningún individuo podrán arrogarse el ejercicio de la soberanía...". Finalmente, el artículo 39 de la Constitución mexicana de 1917 establece que "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste...".

> Enterría ha llamado "la legalización general del ejercicio del poder", de cuya idea se va a nutrir todo el nuevo derecho público europeo.[45]

El artículo 5o. contiene nada más y nada menos que el "principio de libertad" de los ciudadanos a través del cual se asegura que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido: en su última parte establece que "Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene". Los artículos 7o. y 8o. establecen los principios esenciales del funcionamiento de un sistema penal democrático, en total consonancia con el pensamiento de Beccaria y con las ideas penales de la Ilustración.[46] El primero de ellos comienza diciendo: "Nadie podrá ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ella..."; [47] el artículo 8o., por su parte, contiene la expresión dogmática del principio *nullum crimen, nulla poena sino legge*; su texto es el siguiente: "La ley no deberá establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias,

45 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, p. 109. El mismo García de Enterría, con Tomás Ramón Fernández, apunta que "Lo verdaderamente singular del régimen de derecho público surgido de la revolución, que se concreta, en cuanto a nosotros interesa, en el derecho administrativo, y lo que constituye la definitiva originalidad histórica de éste, es justamente ese cambio radical de concepción del sistema jurídico. La administración es una creación abstracta del derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos", *Curso de derecho administrativo*, 7a. ed., Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 426. *Cfr*. también las observaciones de Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 196 y ss.

46 Véase García Ramírez, Sergio, "César Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789", en García Ramírez, S., *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 447 y ss.

47 Este precepto es bastante parecido al apartado 8, en su última parte, de la Declaración de Derechos de Virginia, que establece "Que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales".

y nadie podrá ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”.[48] Sobre las consecuencias sociales de estos preceptos García de Enterría escribe que

> La predeterminación legal de las conductas punibles creará un ámbito social enteramente secularizado de seguridad jurídica en cuyo seno podrá desarrollarse la libertad, no coartada ahora por el temor de irritar en cualquier circunstancia al gobernante o al juez o de enfrentar los criterios morales de cualquier autoridad social, religiosa o política.[49]

Los principios recogidos en los artículos 7o. y 8o. se complementan con el no menos importante principio de “presunción de inocencia” contenido en la primera parte del artículo 9o. de la Declaración: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”. La presunción de inocencia, escribe Ferrajoli:

> no es sólo garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.[50]

Obviamente, junto a todas las aportaciones, la Declaración francesa también tiene diversas omisiones que, con el transcurso del tiempo, se han ido convirtiendo en piezas maestras del constitucionalismo de más reciente factura. De nuevo es Peter Häberle quien nos ofrece una preciosa síntesis de los contenidos, principios, funciones y procesos que no se deben a 1789, “sino que más bien se impusieron contra 1789”:[51]

48 En general sobre estos puntos, Ferrajoli, *op. cit.*, nota 15, pp. 373 y ss.

49 *García de Enterría, Eduardo, op. cit.*, nota 13, p. 161. Sobre la separación entre el derecho y la moral en el campo del derecho penal, Ferrajoli, *ibidem*, pp. 218 y ss.

50 *Ibidem*, p. 549.

51 Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 34, pp. 78 y 79.

A) La vía de las reformas en vez de las revoluciones, "la creencia —apunta Häberle— en la evolución cultural en lugar de la revolución cultural y el pulido de los correspondientes procedimientos". Lamentablemente, en América Latina todavía hasta bien entrado el siglo XX se ha apelado con mayor insistencia a las revoluciones que a las "evoluciones constitucionales", pues las Constituciones del subcontinente se han utilizado más como instrumentos de dominio y expresiones de un *status quo* refractario a la democracia y a los derechos que como verdaderas cartas para el aseguramiento de la libertad y la dignidad humanas. A pesar de esto, al inicio del siglo XXI parece ser que la vía de la revolución —o al menos de la revolución armada— ha sido abandonada casi por completo;
B) La idea del pacto constitucional, dejando atrás la imposición unilateral de la Constitución;
C) La diferenciación de las variantes democráticas (de corte plebiscitario y representativo) y el desarrollo de la protección de las minorías.[52]
D) La idea (angloamericana) del *sentido de la función pública (trust)*.
E) El robustecimiento de la jurisdicción independiente y de la jurisprudencia, ante todo en la forma de jurisdicción constitucional. Como se sabe, a la Revolución francesa y al pensamiento de la Ilustración no les producía ninguna simpatía el Poder Judicial, de forma que en esa época no se veía a los jueces como los protectores naturales de los derechos fundamentales frente a las violaciones de éstos por la administración e incluso por actos del Poder Legislativo. Conforme ha ido pasando el tiempo, y con una marcada asincronía entre lo sucedido en Estados Unidos

52 Sobre el tema de las minorías, en general y en el caso de México respectivamente, Carbonell, Miguel, "Constitucionalismo, minorías y derechos" en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 247-270 e *idem*, "Constitución y minorías" en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 15-31.

y en Europa, la desconfianza hacia los jueces se ha ido revirtiendo hasta que, a principios del siglo XXI pero ya desde mucho antes, los jueces, y sobre todo los jueces constitucionales, se han convertido en una pieza central del funcionamiento no solamente del Estado de derecho, sino también del Estado democrático.[53]

La presencia de tribunales constitucionales o de órganos encargados de hacer valer la Constitución sobre y contra la voluntad de los legisladores parece ser un signo inequívoco del avance democrático contemporáneo, así como una garantía para la protección de las minorías. Esta presencia tan relevante seguramente no sería en modo alguno aceptable para Montesquieu y para Rousseau, como no lo fue tampoco, más recientemente, para Carl Schmitt.[54]

F) El carácter federal del Estado, con todo lo que ello implica y conlleva: descentralización, regionalismo, autonomía municipal, en fin, separación vertical de poderes.

G) La libertad de asociación; esta libertad es hoy en día, en palabras del propio Häberle, "un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*", pero no lo era en la Francia de la *Ley Le Chapelier* de 1791 que prohibía la conformación de agrupaciones.

53 Un panorama actual sobre la función de los poderes judiciales en los sistemas democráticos puede verse en Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia,* Madrid, Taurus, 1999, con bibliografía complementaria. Sobre el fenómeno de la "explosión judicialista" de los últimos años véase Tate, Neal C. y Vallinder, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power,* Nueva York-Londres, New York University Press, 1995.

54 De este último autor véase su obra *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez S., pról. de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998 (reimpr.); la respuesta a la desconfianza de Schmitt hacia los tribunales constitucionales como guardianes de la Constitución se encuentra en Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Brie, Roberto J., estudio preliminar de Gasió, Guillermo, Madrid, Tecnos, 1995. Sobre la polémica entre estos dos autores, Herrera, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos,* Madrid, octubre-diciembre de 1994, núm. 86, pp. 195-227.

4. *Conclusión*

La obra de Jellinek, como se ha tratado de explicar, constituye un valioso elemento para el estudio de la historia del constitucionalismo mundial, que no es más que la historia de las luchas de la libertad y la dignidad (y en los últimos tiempos también de la igualdad) contra la tiranía y la opresión. Nos ofrece un importante punto de vista histórico y una excelente oportunidad para acercarnos a ese monumento de la racionalidad ilustrada que es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Muchos de los postulados de 1789, como ya se ha señalado, forman parte del patrimonio común del constitucionalismo contemporáneo y, por lo que a México interesa, se encuentran recogidos en diversos artículos de la Constitución de 1917. Remontarse al origen de tales principios debe servir no solamente para tener la referencia de los "textos", sino para asomarse a las actitudes personales y sociales, al ambiente y a la filosofía que los hicieron posibles. Creo que esa es la gran lección que ofrece la lectura del ensayo que se presenta.

La idea de reimprimir bajo el sello editorial de la UNAM el estudio de Jellinek fue de Diego Valadés, a quien le agradezco mucho tal iniciativa y la invitación para escribir este texto introductorio. De igual manera, quiero agradecer a Karla Pérez Portilla, mi asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por su ayuda en la ubicación de varios de los trabajos citados en las páginas precedentes.

5. *Georg Jellinek. Datos biobibliográficos*

1851	Nace en Leipzig, Alemania
1872	Obtiene el Doctorado en Filosofía en la Universidad de Leipzig
1874	Obtiene el Doctorado en Derecho en la Universidad de Viena

1878	Escribe *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*
1879	Recibe la *venia docendi* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena
1879-1890	Imparte sus enseñanzas en las Universidades de Berlín y Basiela
1880	Escribe *Die rechtliche Natur der Staatenvertrage: Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*
1882	Es *Privatdozent* de filosofía del derecho
	Escribe *Die Lehre von den Staatenverbindungen*
1883	Es *Privatdozent* de derecho político e internacional
1887	Escribe *Gesetz und Verordmung*
1889	Profesor extraordinario de derecho político en Viena y Basiela
1890	Profesor de derecho constitucional, derecho internacional y ciencia política en la Universidad de Heidelberg
1892	Escribe *System der subjektiven öffentlichen Rechte*; trad. al italiano *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*, trad. de Gaetano Vitagliano, pról. de Vittorio Emanuele Orlando, Milán, Italia, Societa Editrice Libraria, 1912
1895	Escribe "Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte"; *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. al español de Adolfo Posada, Madrid, España, Librería General de Victoriano Suárez, 1908

1896	Escribe "Über Staatsfragmente"; *Fragmentos de Estado*, trad. al español de Michael Forster, Miguel Herrero Miñon *et al.*, Madrid, Editorial Civitas, 1978
1900	Escribe "Allgemeine Staatslehre"; *Teoría general del Estado*, trad. al español de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1914, reproducido en Buenos Aires, Editorial Albatros, 1943
1906	Escribe "Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung"; *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. al español de Christian Föster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991
1907	La Universidad de Princeton le otorga un Doctorado *honoris causa*
1911	Escribe *Ausgewählte Schriften und Reden*

6. *Obras de Adolfo Posada*

A. *Como autor (selección)*

Derecho político comparado, capítulos de introducción por Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, t. XVIII, 251 pp.

El régimen constitucional, esencia y forma, principios y técnica, Madrid, España, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, 206 pp.

Escritos municipalistas y de la vida local, estudio preliminar de Florentino-Agustín Diez González, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, 493 pp.

El régimen municipal de la ciudad moderna, 3a. ed., Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1927, t. VII, 440 pp. (Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, t. LXXXII).

El régimen municipal de la ciudad moderna y bosquejo del régimen local en España, Francia, Inglaterra, Estados Alemanes y Estados Unidos, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1916, 348 pp.

La idea pura del Estado, pról. de Pérez Serrano, Nicolás, Madrid, 96 pp. (Serie A, Estudios Jurídicos varios, t. XXVI).

El sufragio; según las teorías filosóficas y las principales legislaciones, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler Editores S. A., 190 pp. (Manuales Soler, núm. 13).

La crisis del constitucionalismo, discursos pronunciados en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1925, 77 pp.

Sociología contemporánea, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler Editores S. A., 181 pp. (Manuales Soler, t. XLVI).

Teorías políticas, Madrid, Daniel Jorro, 1905, 256 pp.

Tratado de derecho político, 5a ed., revisada, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1935, 2 vols.

Guía para el estudio y aplicación del derecho constitucional de Europa y América, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1894, t. XV, 273 pp.

Principios de sociología, Madrid, Daniel Jorro editor, 1908, t. VIII, 486 pp.

Tratado de derecho administrativo, según las teorías filosóficas y la legislación positiva, 2a. ed., Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1923.

La reforma constitucional, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1931, 244 pp.

Estudios sobre el régimen parlamentario en España, Madrid, Dirección y Administración, 1891, t. XVI, 198 pp. (Biblioteca Económica Filosófica).

B. *Como traductor (selección)*

a. Ihering, Rodolfo Von

La posesión, versión española de Adolfo Posada, 2a. ed., Madrid, Editorial Reus, 1926, 646 pp.

La lucha por el derecho, versión española de Adolfo Posada, con un pról. de Leopoldo Alas "Clarín", Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1921, 131 pp.

La lucha por el derecho, presentación por Luis Diez-Picazo, versión española y nota introductoria por Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas "Clarín" Madrid, Editorial Civitas 1989, 136 pp.

b. Jellinek, Georg

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1908, 210 pp.

c. Duguit, León

La transformación del Estado, trad. de Adolfo Posada, 2a. ed., Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera S. A., 367 pp.

Las transformaciones del derecho público, trad. con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaen, 2a. ed., Madrid, Francisco Beltrán, Librería Eespañola y Extranjera S. A., 1926, 372 pp.

d. Fouillée, Alfredo

La ciencia social contemporánea, trad., pról. y notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1922, 414 pp. (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia).

e. Sleigman, Edwin R. A.

La interpretación económica de la historia; trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada y José M. Sempere, 2a. ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1929, 237 pp.

f. Bryce, James

La República Norteamericana, trad. por Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna S. A., 2 vols.

g. Ward, Lester F.

Compendio de sociología, trad. de Adolfo Posada, 3a. ed., revisada, Madrid, Librería Española y Extranjera S. A., 382 pp.

h. Bagehot, W.

La Constitución inglesa, trad. por Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna S. A., 343 pp.

i. Wilson, Woodrow

El Estado; elementos de política histórica y práctica, con una introd. de Oscar Brownin, trad. española con un estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1904, 2 vols.

El Estado, elementos de política histórica y práctica, Buenos Aires, Editorial Americana, 1943, 626 pp.

j. Meyer, J.

La administración y la organización administrativa (Inglaterra, Francia, Alemania y Austria), introd. y exposición de la organización administrativa en España por Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1892, 436 pp.

k. Menger, Antonio

El derecho civil y los pobres, versión española por Adolfo Posada, Madrid, Librería de Vitoriano Suárez, 1898, 439 pp.

ESTUDIO PRELIMINAR

1. *El libro del profesor Jellinek*

El interesante estudio sobre *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, del sabio profesor Jellinek, se publicó por primera vez, que yo sepa, en 1895. Constituía este importante trabajo parte de una labor más amplia:

> Este estudio [decía el autor en el prefacio de la primera edición] ha sido escrito con ocasión de una obra que me ocupa desde hace mucho tiempo. Procede de una idea de conjunto que vivamente deseamos ver penetrar en los espíritus. No basta, añade, para dilucidar las ideas que constituyen la base de las instituciones modernas, recurrir a la historia de la literatura y estudiar la evolución de los conceptos jurídicos. Es preciso además, y ante todo, buscar el origen en las instituciones mismas, que se desenvuelven y se modifican, como se desenvuelven y se modifican la civilización y el medio social.

Es decir, las ideas que determinan el movimiento de las instituciones, que quizá son su razón íntima, no se agotan en los conceptos formulados; su raíz debe estar en la vida misma de las instituciones que las reflejan, y ellas no entrañan una existencia abstracta y caprichosa, sino que, por el contrario, forman parte del contenido mismo —dinámico y fluyente— de la evolución social.

El trabajo del profesor Jellinek, modelo de disertación histórico jurídica, tanto desde el punto de vista del método, como desde el no menos importante de la "penetración", una penetración que podríamos llamar *interpretativa*, alcanzó pronto el éxito merecido. Se tradujo como el autor indica, a varias lenguas; y, sobre todo, se discutió detenidamente por las gentes científicas interesadas en

estos problemas, en que la política se eleva a la categoría de una ciencia jurídica e histórica.

Merced a una de las polémicas suscitadas por el estudio del profesor de Heidelberg, tuvimos noticia del gran interés que su publicación había despertado. En efecto: en el fascículo de julio de 1902 de los *Annales des Sciences Politiques*, de París, el sabio publicista M. Boutmy, uno de los "especialistas" del derecho constitucional más distinguidos que ha tenido Francia,[1] director y fundador de la célebre *École Libre de Sciences Politiques*, dedicaba al libro del profesor alemán un largo estudio, en el cual se discutía, con gran elocuencia y extraordinario calor, la tesis que, con rigorismo de jurista, defendía el señor Jellinek en su trabajo.[2] Acababa de publicarse entonces por M. Fardis la traducción francesa del libro de M. Jellinek, con un prólogo del profesor de París M. Larnaude.[3]

> Un profesor muy estimado de la Universidad de Heidelberg, M. Jellinek (decía M. Boutmy), ha publicado recientemente, sobre la Declaración de Derechos colocada al frente de nuestra Constitución de 1791, una obra que ha tenido alguna resonancia en Alemania. Esta obra se ha traducido al francés por M. Fardis, y un sabio, cuyo juicio no se deja fácilmente sorprender, M. Larnaude, ha puesto a la traducción un prefacio, en el cual se adhiere de una manera general a la tesis de M. Jellinek.[4]

Y a continuación M. Boutmy resume, como luego veremos, las diferentes conclusiones que entraña el trabajo del señor Jellinek, pasando luego a examinarlas y a refutarlas.

Atraído por el tema, y encantado además por la manera de tratarlo, hube de analizar los tres documentos: libro del señor Jellinek, prólogo de M. Larnaude y artículo de M. Boutmy, en uno de

1 *Annales des Sciences Politiques* de 15 de julio de 1902, t. XVII, pp. 415-443.

2 El artículo de M. Boutmy titúlase *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et M. Jellinek.*

3 *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen,* par George Jellinek, traduit de l'allemand par Georges Fardis, Edition française revue de lauteur et augmentée de nouvelles notes, avec un Préface de M. F. Larnaude, París, Albert Fontemoing Editeur, 1902.

4 *Annales des Sciences Politiques,* t. XVII, p. 415.

mis cursos de derecho político en la Universidad de Oviedo. Ligado íntimamente el problema del origen de la Declaración de Derechos con el del origen del derecho constitucional —son el mismo problema en cierto respecto—, la labor que los tres documentos suponía resultaba de un utilísimo aprovechamiento en una cátedra de derecho político —o constitucional— comparado. Ya de antiguo hiciéramos en la clase indagaciones de análogo sentido,[5] a partir de un concepto histórico del derecho constitucional, definido, no sólo desde el punto de vista de su significación jurídica, como fórmula de un *derecho del Estado* —que *se impone a sí mismo el Estado* por obra de su soberanía—, sino desde el curiosísimo de su "expresión legal" mediante las Constituciones escritas. El excelente libro de M. Borgeaud[6] sobre el *Establecimiento y Revisión de las Constituciones* nos hizo ver el problema general en toda su amplitud, quiero decir, el problema del origen histórico jurídico de las Constituciones, como expresión de una forma de derecho político —el contemporáneo—, al modo como el trabajo del profesor Jellinek nos ayudó, con ayuda excepcionalmente segura, a penetrar en este punto especial del origen de las Declaraciones de derechos, nudo, sin duda, del problema general.[7]

Poco después de publicada la refutación de M. Boutmy en los *Annales*, replicó el profesor Jellinek en un artículo sobre *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* desde la *Revue du Droit Public*, fundada y entonces dirigida por M. Larnaude.[8] M. Jellinek se ratificaba en su tesis.

Desde que estudié en mi clase la obra del sabio profesor alemán, con los artículos de la polémica suscitada por la edición francesa, me propuse recoger y publicar en un volumen la traducción espa-

5 Véase mi *Tratado de derecho político*, t. II: *Derecho constitucional comparado de los principales Estados de Europa y América*, libro I.

6 M. Borgeaud, *Etablissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, 1 vol. París, 1893.

7 Esta primera labor de análisis y estudio del libro del señor Jellinek y de los trabajos de M. M. Larnaude y Boutmy me sirvió de base para un artículo que se publicó en la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1903.

8 G. Jellinek, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, t. XVIII, pp. 385-400.

ñola de esos trabajos, creyendo prestar con ello un servicio a la cultura política de nuestro país, al fin y al cabo, *La Declaración de Derechos* ha tenido en España su repercusión, como en toda Europa, y nos interesa saber de dónde viene su poderoso y renovador influjo.

Pero las circunstancias me impidieron realizar aquel propósito hasta ahora. En parte no me pesa. Posteriormente a la polémica, en 1904 ya, el profesor Jellinek publicó una nueva edición de su interesante estudio, en el cual se hace cargo de no pocos de los reparos de M. Boutmy, y de la literatura posterior sobre el problema, reafirmando, con originales indicaciones, sus puntos de vista capitales.

El señor Jellinek nos ha autorizado para verter al castellano, no sólo su libro —claro está, según la nueva edición—, sino también el artículo escrito para contestar a M. Boutmy en la *Revue du Droit Public*. Nuestro plan no ha podido realizarse, sin embargo, tal como lo habíamos ideado. A fin de proporcionar al lector español todos los datos del problema discutido en Francia, queríamos incluir en este volumen el hermoso artículo de M. Boutmy. Aparte el valor intrínseco como razonamiento de una tesis, al parecer radicalmente contraria a la del profesor alemán, el trabajo del publicista francés serviría para ofrecer un curioso contraste, muy sugestivo, en el respecto del estilo y en el de la manera de abordar el problema. Jellinek y Boutmy personifican muy bien, respectivamente, la labor sabia y erudita y el rigorismo metódico del jurista alemán, y el *esprit*, la elocuencia y la fluidez literaria del escritor francés. El uno busca la verdad en la penetración intensiva de la huella histórica real, en la entraña de la evolución social, según se revela en los documentos y en el movimiento vital en que éstos se han producido; el otro procura encontrar la verdad en las grandes y amplias corrientes del pensamiento racional, interpretando la historia real a través de la concepción actual del influjo de esa historia, o mejor, según la razón cree que la historia ha sido, en virtud del influjo que ha ejercido posteriormente. Para el profesor alemán, lo esencial es descubrir, imparcial y fríamente, la génesis del *concepto* legislativo más aún quizá que *jurídico*, restableciendo los términos positivos de los textos, sorprendiendo la fuente de las inspiraciones y señalando los jalones de una evolu-

ción histórica; en cambio, el profesor francés discurre procurando recoger el ambiente universal, algo nebuloso, dando un gran valor a la concepción de la historia que positivamente ha influído en la marcha ulterior de las ideas, y en virtud de la cual, por ejemplo, no es fácil separar el nombre de Rousseau de la Revolución francesa, no tanto porque el *Contrato Social* contenga estrictamente las cláusulas abstractas en que podían inspirarse los legisladores de la Constituyente, cuanto en atención a que Rousseau entraña el espíritu que sopla luego en la obra entera de la Revolución.

Pero repito que el plan ideado no ha podido realizarse. El artículo de M. Boutmy pasó a ser, después de la muerte del sabio publicista, el capítulo de su libro *Études politiques,*[9] y no ha sido posible incluirlo como trabajo separado en este tomo. Tendremos, pues, que contentarnos con aludir a él en este *Estudio preliminar.*

2. *El origen de la Declaración de Derechos francesa. Importancia del problema*

El problema histórico que constituye el objeto de la disertación del profesor Jellinek tiene, sin duda, un alto interés científico para el historiador, para el jurista y aun para el político, sea cual fuere el juicio que se tenga sobre lo que podríamos llamar el alcance *ético* de la Declaración de Derechos francesa. Bajo su influjo, advierte el señor Jellinek, "se ha formado en el derecho positivo de los Estados del Continente la noción de los derechos subjetivos y públicos del individuo". En ella, en efecto, se resume la idea de un sistema de condiciones jurídicas —expresas, determinadas exigibles— superiores o anteriores al Estado, y base de lo que se puede llamar el derecho privativo de la personalidad. La Declaración de Derechos entraña el supuesto de una vida jurídica propia de la persona individual, y el no menos importante de la afirmación de esa vida en el Estado, que no *puede* suprimirla, ahogarla ni restringirla; y estos supuestos con otros, como luego veremos, son la raíz misma, el cimiento firme del régimen constitucional moderno, en lo que tiene de característico, y acaso en cuanto éste concreta y define un momento progresivo de la evolución política universal.

9 Emile Boutmy, *Études politiques*, París, A. Colín, 1907, 1 vol., 291 pp.

Y siendo esto así, ¿puede discutirse siquiera el atractivo particular de la investigación de la génesis real de la idea de la Declaración de Derechos? ¿No habría de tentar la curiosidad del historiador jurista, o del jurista historiador, que no se satisface con el análisis y comentario de los textos, sino que estima que éstos son el momento de una evolución; no habría de tentar, digo, su curiosidad la tarea de estudiar, a través de los documentos en que aquella idea ha podido producirse, el proceso —causal— de su elaboración?

La Declaración de Derechos francesa es, sin duda, el instante más culminante del proceso en la formación de un derecho positivo de la personalidad —privada, individual—; representa indiscutiblemente el momento crítico de la acción expansiva; aquel momento supremo en que la idea innovadora que entraña se concreta en fórmulas jurídicas, definidas, las cuales, bajo el influjo de un conjunto de causas diversas, se difunden y propagan, reformando el sistema político de la Europa continental, y, de rechazo, de una parte de América— la América Latina.

Naturalmente, la Declaración de Derechos, que se forjara en el calor y entusiasmo de una lucha política violenta, como expresión de un ideal acariciado, y fórmula de una gran victoria que interesaba a todos los pueblos, tuvo muy pronto su leyenda, su historia imaginada, su interpretación parcial sugestiva; historia, según convenía a la acción futura de su fuerza expansiva. Se ha visto en la Declaración de Derechos la expresión original del genio revolucionario; los hombres que hicieron de ella su musa viva, no tenían por qué remontarse más allá de ella, y por otra parte, no podían menos de referirla directa e indirectamente al movimiento general en que ellos mismos se estimaban colocados: el movimiento de ideas del siglo XVIII, sobre todo en Francia.

Pero el historiador exacto, el historiador desligado del interés político, o fuera de la corriente, histórica también, de ese interés, no puede darse por satisfecho con esa interpretación, algo *subjetiva*, de la historia. La Declaración de Derechos francesa es para él un documento histórico; es para el jurista una expresión jurídica una fórmula legislativa. ¿De dónde viene? —se pregunta— ¿Cómo y por qué los hombres de la Revolución francesa redactaron ese documento? ¿Por qué estimaron obra digna de su esfuerzo, y necesaria,

esta forma solemne, aparatosa, de afirmar un concepto ideal, convertido en norma de conducta política práctica, de valor jurídico? Y el historiador prescinde del eco resonante de la lucha y del espejismo que trastorna la visión imparcial y serena, y busca en los datos reales, fríamente criticados, reveladores de hechos, el encadenamiento efectivo de los sucesos, un encadenamiento causal, pues no basta la relación inmediata en el tiempo, sino que es preciso que la relación entrañe la realidad positiva de un verdadero proceso.

Cierto que esta labor rigorista, imparcial, "científica", tiene sus peligros: puede el historiador seguir paso a paso la evolución de una idea, expresada en tales o cuales hechos indudables, y distraído por el encanto que, sin duda, procede el placer del descubrimiento de esas relaciones causales, no ver las grandes corrientes superiores y subterráneas que hay en todo gran movimiento histórico. Pero el peligro es a veces inevitable; él resulta en ocasiones del temperamento psicológico del historiador; por fortuna, la historia está ahí siempre viva, como fuente inagotable, a disposición de cuantos quieran ahondar en sus entrañas, y los historiadores sinceros se encargan, con sus rectificaciones sucesivas, de completarse, para ofrecer a la larga la visión, cada vez más exacta y fiel, del contenido real de la historia.

El profesor Jellinek es, en este caso, el historiador jurista que se ha planteado, con la serenidad e imparcialidad del hombre de ciencia, que busca sólo la verdad —consígalo o no—, el grave problema de la explicación real y objetiva de *La Declaración de Derechos de 1789.* No se trata, lo dice expresamente el profesor alemán, de examinar la Declaración de la Constituyente "en su valor histórico, filosófico y social, sino exclusivamente en su significación en la historia constitucional europea". El empeño se puede formular en términos generales, aludiendo al grave asunto de la conversión en leyes del Estado de las exigencias abstractas impuestas al mismo, o bien, de qué manera una idea se transforma en derecho positivo, y aquí más concretamente, el problema de cómo las aspiraciones a un derecho general del hombre han logrado la expresión legislativa que entraña la Declaración de Derechos francesa.[10]

10 Véase el pról. del autor a la 2a. ed. alemana que va a continuación de este estudio.

La Declaración de Derechos francesa no es un suceso que importe tan sólo desde el punto de vista del desarrollo político interno de Francia. Hay en ella un problema de carácter universal: es un suceso que engrana en la total evolución jurídica del Estado, y que plantea, y resuelve, una cuestión histórica fundamental.

> Sea cual fuere [dice nuestro autor] la opinión que hoy se tenga sobre la formulación de principios abstractos, vitales sólo mediante la expresión legislativa detallada, para la determinación de la situación jurídica del individuo en el Estado, el hecho de que el reconocimiento de tales principios se conexiona históricamente con aquella primera Declaración de Derechos, hace ver como un problema importante de la historia constitucional el establecimiento del origen de la Declaración de Derechos francesa de 1789. Sólo en virtud de esta acción histórico constitucional se distingue la Declaración de cualquier otro de los innumerables sucesos históricos de la época de la Revolución, que importe sólo como asunto privativo de Francia.[11]

3. *La tesis del señor Jellinek*

Y ¿cuál es la tesis que el profesor Jellinek sostiene, y contra la cual ha levantado su voz el publicista francés Boutmy?

La opinión más difundida sobre el origen de la Declaración de Derechos de 1789 relaciona ésta con ciertos antecedentes históricos contenidos en la Magna Carta y en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos; y en cuanto al fondo de las doctrinas, busca la fuente de inspiración en el *Contrato Social*, de Rousseau. La tesis del profesor Jellinek se formula, tanto en su parte crítica como en la positiva, examinando y refutando la opinión indicada como más difundida entre los teóricos del derecho político.

El *Contrato Social*, afirma en el epígrafe mismo del capítulo segundo, *no es* la fuente de la Declaración. El Contrato Social, añade, se reduce a una sola cláusula, a saber: la enajenación completa de todos los derechos del individuo a la comunidad. El individuo no conserva para sí ni un solo átomo de derechos desde el momento en que entra en el Estado. Todo lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la *volonté générale*, la única

11 Véase luego el capítulo I del libro de Jellinek.

que determina sus límites y que no debe ni puede ser restringida jurídicamente por ninguna fuerza. La propiedad misma pertenece al individuo sólo en virtud de una concesión del Estado; el *Contrato Social* hace al Estado señor de todos los bienes de sus miembros, que continúan poseyendo como "*depositarios del bien público*". La libertad civil consiste sencillamente en lo que queda al individuo en la definición de sus deberes cívicos... La concepción de un derecho originario, que el hombre transfiere a la sociedad, y que se presenta como una limitación jurídica del soberano, se rechaza por Rousseau expresamente...

Ahora bien —y he ahí la tesis del profesor Jellinek en esta parte de su razonamiento—: la Declaración de Derechos pretende trazar entre el Estado y los individuos la línea de demarcación eterna que debe tener siempre a la vista el legislador, como el límite que una vez, para siempre, le imponen "los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre". Por lo tanto, los principios del *Contrato Social*, no sólo no son el antecedente de la Declaración de Derechos, sino que son absolutamente contrarios a toda declaración de derechos. Aquella Declaración más bien se hizo en contradicción con el *Contrato Social*.

No se desconoce en absoluto el influjo de Rousseau en el estilo de algunas de las fórmulas de la Declaración; pero el origen, tanto de la *doctrina* en el respecto del contenido y de la significación legislativa, como en el de la *forma* bajo que esta significación se revela, hay que buscarlo en otra parte, sin duda en América. La influencia de la Revolución americana en la francesa es notoria; ambos sucesos son, ciertamente, momentos de una misma evolución política. Pero es indispensable precisar con cuidado cómo y dónde se ha manifestado el influjo directo de la historia americana en la labor constructiva de la Declaración.

> En la Asamblea Nacional fue Lafayette quien el II de junio de 1759 propuso añadir a la Constitución una Declaración de Derechos, y presentaba su Proyecto; se estima que lo hizo influído por la Declaración de Independencia del Norte de América, considerándose esta última como el modelo que la Constituyente debió tener presente al deliberar sobre la Declaración, y como el documento que contiene la primera exposición de una serie de derechos del hombre.

El señor Jellinek rechaza también esta otra afirmación de la opinión corriente. En primer lugar, la Declaración de Independencia americana *no se parece* en su estructura literaria a una Declaración de *Derechos:* sólo hay en ella una proposición que se asemeja a una Declaración de Derechos, pero concebida en términos harto generales para que sin dificultad se pueda inferir de ella "todo un sistema de derechos". Por otra parte, el propio Lafayette señala, en un pasaje de sus Memorias, el modelo que tuvo a la vista para su proposición a la Constituyente. Hace éste observar

> que el Congreso de la nueva Confederación de los Estados libres de la América del Norte no estaba entonces en situación de dictar reglas de derecho con fuerza obligatoria para las colonias particulares que se habían elevado al rango de Estados soberanos. Añade además que en la Declaración de Independencia únicamente aparecen expresados el principio de la soberanía nacional y el derecho de cambiar la forma de gobierno. Los demás derechos únicamente resultan contenidos de una manera implícita en la enumeración de las violaciones de derechos, en virtud de las cuales debe justificarse la separación de la madre patria...
>
> Pero, en cambio, ocurriría muy de otra manera como las Constituciones de los Estados particulares de la Unión: éstas estaban precedidas de Declaraciones de Derechos que tenían fuerza obligatoria para los representantes del pueblo. *El primer Estado que ha producido una Declaración de Derechos semejante, en el sentido propio de la palabra, fue el de Virginia.*

La primera parte de la tesis del profesor Jellinek acerca del origen inmediato de la *Declaración de Derechos francesa* de 1789 se contiene claramente en estas palabras: "La Declaración de Virginia y las de los demás Estados particulares de América fueron las fuentes de la proposición de Lafayette. Pero no sólo han influído sobre él, sino también sobre todos cuantos deseaban hacer que se adoptase una Declaración de Derechos". No debe olvidarse que "las nuevas Constituciones de los Estados particulares eran entonces muy conocidas en Francia".

¿Puede ahora estimarse, como una doctrina enteramente nueva, la formulada por el profesor alemán en cuanto a la determinación de las fuentes inmediatas de la Declaración francesa?

Al dar cuenta, en el estudio más arriba citado, de la obra del sabio Jellinek,[12] hacíamos notar que acaso éste no apreciaba en su justo valor el alcance de algún otro intento, enderezado también a determinar la relación histórica existente entre la Declaración francesa y las declaralciones americanas.

4. *Antecedentes. Janet*

> Refiriéndose, escribíamos en el citado estudio,[13] el señor Jellinek a Janet, en una nota de la página 15 de su libro, se limita a decir estas brevísimas palabras: 'Janet, obra citada, t. II, menciona en su introducción, pp. XIV y ss.', las Declaraciones americanas, sin precisar, sin embargo, de una manera exacta, su relación con la Declaración francesa.
>
> Y esto no es enteramente admisible, añadíamos M. Janet, en la obra que queda citada, sostiene de un modo resuelto y terminante los orígenes americanos de la Declaración francesa.

En la segunda edición alemana, el señor Jellinek dice aludiendo a Janet: "Janet, *op. cit.*, t. II, pp. XIV y ss., reconoce la analogía de las Declaraciones americanas y la francesa; pero no señala con precisión la relación exacta entre ellas, y considera a Rousseau como la fuente de la Declaración francesa".[14]

Sin duda, esta última indicación respecto de la posición de Janet ante el problema debatido tiene mucho de exacta y justa; pero todavía cabe oponer leves reparos.

Janet, en efecto, al estudiar el influjo de Rousseau sobre la Revolución francesa, después de señalar varias manifestaciones del espíritu del filósofo en la labor política de la Constituyente, escribía estas palabras:

> Viene por fin la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano. ¿Es necesario probar que semejante acto no procede de Montesquieu, sino de J. J. Rousseau? ¿Hay nada más contrario a los principios del autor de *L'Esprit des lois* que esta teoría abstracta, *a priori*, de derechos absolutos, inalienables, imprescriptibles? Por

12 Véase mi obra *Teorías políticas*, pp. 126 y ss. La cita está hecha con relación a la traducción francesa del libro de Jellinek.

13 *Ibidem*, p. 126.

14 Véase esta nota en el capítulo III.

> el contrario, ¿hay nada más conforme con la política del *Contrato Social*? Sin duda, Rousseau *no ha hecho una tabla de los derechos naturales del hombre*; y esta tabla, los Constituyentes la han formado con las ideas de Voltaire y de Montesquieu, tanto como con las de J. J. Rousseau. Pero el acto mismo de la Declaración, ¿es otra cosa que el contrato celebrado entre todos los miembros de la comunidad, según las ideas de Rousseau? ¿No es la enunciación de las cláusulas y de las condiciones de un contrato?[15]

Janet aquí vislumbra ya, con gran claridad, la distinción entre el *espíritu* y la *forma* legislativa de la Declaración, y desde luego afirma que ésta no viene de Rousseau: que no hizo una tabla de los derechos del hombre. Sin embargo, Janet quizá no se daba cuenta de la importancia histórica de la expresión legislativa de las Declaraciones de Derechos; y si en la *Histoire de la science politique* no hubiera más que el pasaje copiado, nada más habría que decir sobre las opiniones de Janet.

Pero Janet ha tratado expresamente, y con gran detalle, el problema mismo de las relaciones entre las Declaraciones americana y la francesa, en la notable introducción puesta al frente de la tercera edición de su *Histoire*, y la cual el señor Jellinek recuerda en su nota.

Y Janet inicia su estudio diciendo:

> Quisiéramos establecer las proposiciones siguientes:
>
> 1. Francia no ha inventado los derechos del hombre: los ha tomado de América. Su labor ha consistido en prepararlos por la filosofía; pero son los americanos quienes los han introducido en la política. 2. Los derechos del hombre, reivindicados en el 89, no son, como se dice, derechos indefinidos e ilimitados: van siempre acompañados de su restricción. 3. Los derechos del hombre no son una invención ideológica nacida de una metafísica arbitraria. Son necesidades reales, concretas, perfectamente determinadas, que la sociedad experimenta desde hace largos siglos, y que habían llegado a ser intolerables.[16]

15 Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la moral,* 3a. ed., París, 1887, t. II, pp. 452-458.

16 *Op. cit.*, t. I, p. XI.

Janet aquí se da cuenta, a mi juicio, de los principales aspectos del problema, aunque no formula con la claridad y rigorismo necesarios el alcance jurídico del mismo. Pero es indiscutible que Janet estima que los derechos del hombre entrañan necesidades prácticas, exigencia de la vida, y que la elaboración de los mismos, como una fórmula de la vida política, fue obra, no de Francia, sino de los americanos.

Y, cosa curiosa, refiriéndose a E. Boutmy —que más tarde había de romper nueva lanza en pro de la originalidad de la Declaración francesa—, es cuando Janet aclara más su idea. "Hay, sin duda, escribe, grandes diferencias entre la Revolución americana y la Revolución francesa, en razón de la situación de ambos pueblos; pero en lo que concierne a las Declaraciones no hay ninguna, porque la Declaración francesa *fue en gran parte la traducción misma de las Declaraciones americanas*".[17]

Verdad es que Janet ve en la *Declaración de Independencia* una declaración de derechos. "La Declaración de Derechos, dice, no está, si se quiere, en las diez enmiendas de la Constitución Federal;[18] pero está en la *Declaración de Independencia* votada en julio de 1776 por el Congreso americano, reunido en Filadelfia". Y la copia a continuación, añadiendo luego: "Tal es la primera Declaración de Derechos que encontramos en América, y es muy característica. Es imposible desconocer su carácter filosófico".[19] Pero, esto no obstante, Janet recuerda seguidamente la Declaración de Derechos "propiamente dicha, redactada por el Congreso de Filadelfia de 1775";[20] y luego, y esto es lo que más importa, las Declaraciones de los Estados particulares, para fijarse precisamente en la de Virginia, que es la misma que el profesor Jellinek señala. "Tomaremos como tipo, escribe, una de las más cortas y de las más sencillas: la Declaración de Virginia; esto es, de uno de los más antiguos Estados..." Janet la copia y luego dice:

17 *Op. cit.*, t. I, p. XIII.

18 Janet alude aquí a las opiniones expuestas por Boutmy en sus *Etudes de droit constitutionnel*, París, 1885.

19 Janet, *op. cit.*, t. I, p. XIV.

20 *Ibidem*, p. XVI.

> Tal es la Declaración tipo que pueda considerarse como la que representa mejor el término medio de las ideas generales que reinaban en América en la época de la Independencia. El espíritu filosófico del siglo XVIII caracteriza este acto notable. Ahora, preguntamos, ese *bill* de derechos, no está, como la Declaración francesa, fundado en el derecho natural, en el derecho abstracto?[21]

Lo que hay es que Janet persigue un propósito distinto del que persigue el profesor alemán; no se ha planteado el problema del origen jurídico de la Declaración de Derechos francesa; su tesis entraña la afirmación de la relación histórica entre esta última y las Declaraciones americanas, y el reconocimiento de que aquélla y éstas obedecen a un mismo espíritu y a un mismo movimiento de ideas. Si los franceses se han equivocado al formular su *Declaración*, se han equivocado "con América y *después* de América".[22]

5. *La Declaración de Derechos y el derecho constitucional*

Es evidente, no obstante todas estas indicaciones, que el profesor Jellinek, aun en esta primera parte de su tesis sobre el antecedente americano de la Declaración francesa, ha ahondado más que Janet, enfocando el problema con otro espíritu y dando a la determinación de la génesis de una idea de los derechos del hombre, en forma de lista o catálogo de derechos especializados, una mayor precisión histórica. A mi juicio, después de la labor del sabio alemán, ya no es posible negar el influjo directo, inmediato, inspirador de las *Declaraciones* americanas en la Declaración francesa. Pero creo que la tesis podría formularse en términos de mayor generalidad, señalando el influjo del movimiento constitucional americano sobre las Constituciones francesas, o si se quiere, del derecho *constitucional* americano sobre el francés, ya que al fin y al cabo las Declaraciones de derechos, jurídicamente consideradas, son una parte integrante del régimen constitucional, como lo demuestra el hecho de su incorporación a las Constituciones escritas, que son, sin duda, la expresión legislativa en que se condensa y que caracteriza el derecho político contemporáneo.

21 Janet, *op. cit.,* p. XXII.
22 Janet, *op. cit.,* I, p. XXXIV.

No consiste éste tan solo en la pura organización de los poderes públicos, según reglas de valor positivo formuladas expresa y reflexivamente por quien se reputa soberano: el pueblo, la nación, el pueblo con el rey, el rey mismo cuando *otorga* una carta. La esencia jurídica del régimen constitucional hállase contenida en las Declaraciones de derechos, a la vez que en las disposiciones relativas al funcionamiento de los poderes y al ejercicio de la soberanía. De ahí que suela distinguirse en los documentos constitucionales dos partes igualmente características, que hemos denominado parte *dogmática* y parte *orgánica*,[23] y las cuales, aunque de diferente alcance filosófico, pues la primera entraña la definición del derecho propio de la persona, y la segunda, se refiere a la ordenación de la soberanía y de los poderes constituídos, sin embargo, están íntimamente relacionadas desde el punto de vista histórico, tanto en el respecto de los motivos que han provocado sus teorías respectivas, como en el de su función eficaz en la elaboración del Estado moderno. La parte *dogmática* viene a establecer límites a la acción arbitraria del Estado frente al individuo, creando un derecho superior al Estado, que ordena su conducta; la parte *orgánica* viene a imponer normas eficaces a la acción del Estado mismo en la ordenación de su propia vida, como conjunto de magistraturas, creando un derecho para el Estado, el derecho político reflexivamente formulado, y entre las dos tonifican el Estado, convirtiéndolo en Estado *constitucional*; es decir, en Estado *jurídico*, en Estado que debe acomodarse al derecho en cuanto éste es un régimen de exigencias, una norma de conducta.

Y siendo esto así, y habiendo una tan íntima relación histórico-jurídica entre las Declaraciones de derechos y las organizaciones constitucionales del Estado contemporáneo, no tiene nada de particular que la génesis de ambas expresiones legislativas haya seguido una marcha análoga. En tal respecto, la investigación del profesor Jellinek viene a apoyar sólidamente la explicación que supone el origen americano, anglosajón y religioso, en cierto

23 He tratado este punto con algún detenimiento en mi *Tratado de derecho político*, II, libro I, capítulo I. Ahí advierto que esta distinción que entraña la definición de la parte *dogmática* y de la parte *orgánica* de las Constituciones está tomada del libro de los señores Giner y Calderón, *Principios de derecho natural*.

modo, del régimen constitucional, explicación que, inspirándonos en el excelente libro de Borgeaud sobre *Etablissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, hemos desarrollado en nuestro *Tratado de derecho político*.[24] Pero entiéndase bien: no se trata sólo del régimen constitucional, como régimen vívido, en su significación interna; se trata también de su *forma*. Porque no era fácil desconocer que el régimen constitucional, en cuanto supone la práctica de las instituciones representativas, es un influjo, sobre todo inglés. Como recuerda Boutmy muy oportunamente, la Constitución inglesa, anterior a todas las Constituciones escritas, " la primera por la fecha, por la importancia y por la originalidad..., ha servido, en más o en menos, de modelo a todas las que hoy existen".[25]

Pero en el régimen constitucional comtemporáneo hay además un elemento *formal*; se ha producido en documentos legislativos, escritos, en *Constituciones* elaboradas expresamente como derecho del Estado. El hecho jurídico de las Constituciones escritas, tiene, a mi juicio, un alcance, una significación y un valor análogos al de las Declaraciones de derechos solemnes, cristalizadas, dogmáticas; suponen una misma psicología en el fondo, representan un mismo ideal y denuncian idéntica fe en la eficacia jurídica y práctica de las fórmulas.

Y ¿de dónde viene la idea, la *ocurrencia* de la Constitución *escrita?* Sin duda responde muy bien la Constitución escrita —sistemática, simétrica, abstracta por necesidad— a los ideales del espíritu francés. Pero no es de origen francés,[26] al menos el elemento legislativo y formal. Por extraño que parezca, la idea de una Constitución escrita viene del país del derecho constitucional consuetudinario: de Inglaterra.

> La concepción, que se puede llamar francesa, dice M. Borgeaud, de un derecho público codificado, claramente diferenciado de la legislación ordinaria, es hoy —la excepción de la Gran Bretaña y de Hungría no impedirá consignar la regla— la base del Estado mo-

24 Vol. II, libro I, capítulo II.

25 Boutmy, *Etudes, cit.* p. I.

26 Extracto a continuación la exposición que, basada en Borgeaud, constituye el capítulo II del libro I del tomo II de mi *Tratado de derecho político.*

> derno. La Revolución la ha extendido por Europa. No debe, sin embargo, desconocerse que la idea de una Constitución escrita es muy anterior a 1789, y que no ha nacido en Francia.[27]

Verdaderamente, si de antecedentes más o menos calificados se tratase,

> en cierto sentido esa idea se remonta a la Edad Media, y si se quiere, hasta el derecho antiguo, hasta la famosa *lex regia*, fuente de la omnipotencia de los emperadores romanos; pero ésta no era más que la fórmula de una delegación, sin reservas, de la soberanía, una especie de procuración general que confiere al príncipe el *imperium* y la *potestas* sin límites....[28]

Por lo que a la Edad Media respecta, pueden señalarse tanto en Inglaterra como en otras partes, multitud de documentos escritos de un carácter en cierto modo constitucional o al menos político. En Inglaterra, las principales fuentes *escritas* de su derecho actual remóntanse a la Edad Media. En España, los célebres y discutidos privilegios de Aragón tienen también su importancia constitucional indudable. Por otra parte, la Edad Media conocía las cartas confirmatorias de libertades locales, los fueros municipales, las concesiones de franquicias, ya a ciudades, ya a corporaciones, ya a particulares...; "pero ignoraba las Constituciones que hoy nos son familiares y en las que se declaran los derechos de cada cual, limitando a la vez el poder supremo en beneficio de todos".[29]

Las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo..., que por tanto fueron derecho creado y aplicado, son las "Constituciones que se dieron las colonias americanas emancipadas de la tutela inglesa". A imitación suya codificaba su obra, imponiéndola como ley al rey, en nombre de la nación soberana, la Asamblea nacional francesa.[30] Pero es necesario advertir que las colonias inglesas no inventaron aquí: el principio o la idea proviene de la madre patria, de Inglaterra.

27 Borgeaud, *op. cit.*, p. 3.

28 Borgeaud, *op. cit.*, p. 3. Cons. la excelente disertación de Sempere, José M., *La reforma constitucional*, Madrid, 1907.

29 *Op. cit.*, p. 3.

30 *Op. cit.*, p. 3.

Para explicarse cómo se verificó la aparición de las formas constitucionales americanas, es preciso tener en cuenta que el núcleo de los emigrantes ingleses era esencialmente puritano, esto es, del partido religioso, que defendía y explicaba en la vida de la Iglesia la idea democrática, y que en las colonias y en la madre patria procedía de análoga manera casi al propio tiempo; estudiando la formación y el desenvolvimiento del partido puritano, encuéntranse datos de interés supremo para el problema en que nos ocupamos. En primer término, es preciso recordar los principios de organización social a que obedecen los elementos más acentuados, los llamados "independientes", que constituían la parte más sana e intrépida del ejército de Cromwell. Sus iglesias autónomas, sus jerarquías democráticas, fundábanlas en un verdadero pacto o *Covenant*, que constituía el acto primordial e inicial de la congregación. "En virtud de ese acto, dice Cotton, uno de los Padres de la doctrina, como lo llama Borgeaud,[31] los ministros tienen poder sobre el pueblo de sus fieles, el pueblo siente interés por sus ministros, y cada miembro de la congregación adquiere los derechos y deberes que le corresponden frente sus compañeros".[32] La supremacía eclesiástica es del todo: la comunidad recibe el poder de Cristo, ella elige los ministros, los ancianos, los diáconos...

De la esfera religiosa pura pasaron esas ideas, profundamente democráticas, a la política, precisamente en aquella ocasión solemne en que el pueblo inglés se hallaba en positivo periodo constituyente, y cuando las circunstancias habían inspirado a los defensores de las libertades públicas una desconfianza justificada hacia los Poderes permanentes constituídos. La idea de un pacto expreso, de un documento solemne donde se señalase los límites de la autoridad y la garantía de los derechos del pueblo, se imponía con indudable oportunidad. "Pienso, dice Wildman, que las libertades de esta nación no estarán verdaderamente garantidas sino cuando se hallen fijadas con claridad la extensión de los poderes y del mandato de los representantes, y la naturaleza de los derechos que el pueblo se reserva para ejercerlos por sí mismo".[33] La noción

31 *Op. cit.,* p. 8.

32 *The Way of the Churches of Crist, cit.* por Borgeaud, p. 8.

33 *Truth's Triumphe,* 1647-1648, *cit.* por Borgeaud, p. 9.

jurídica fundamental a que van a responder las Constituciones políticas del porvenir, está ahí ya perfectamente formulada.

Y de ella va a nacer un documento escrito, que tiene ya el corte de una Constitución; es éste el *Agreement of the People*, o Pacto del pueblo, que, en los momentos más culminantes de la revolución puritana, presenta el ejército de Cromwell a la Cámara de los Comunes.[34] En él se proponen sus autores fijar la ley suprema, expresión de la voluntad popular, "a la cual el Parlamento debía someterse y en la cual se determinaban los derechos cuyo ejercicio directo se reservaba la nación misma".[35]

Para comprender el alcance constitucional de este interesante documento, conviene copiar alguna de las declaraciones más salientes del anteproyecto. Dice una de ellas:

> Los poderes del Parlamento actual y de todos los representantes en el porvenir de esta nación están subordinados exclusivamente a los de sus comitentes, y se extienden, sin el consentimiento o concurso de persona alguna ni corporación, a la legislación, al establecimiento de las dependencias y tribunales de justicia..., declaración de guerra..., y en general a todos los derechos que los comitentes no se hayan reservado expresa o tácitamente.

He aquí como habla en la otra: "Las leyes hechas o que hayan de hacerse obligarán por igual a todos. No habrá exención de la jurisdicción ordinaria, a la que todos están sometidos, fundada en distinción alguna de tenencia, propiedad, privilegio, rango, nacimiento o posición".

Como se ve, contiénense ahí, en concreto, los principios distintivos de las Constituciones, y que hacen de ellas la aplicación reflexiva del derecho a la vida del Estado, aun cuando sea bajo la

34 He aquí lo que Borgeaud dice del Pacto del pueblo: "Su texto definitivo hállase reproducido en Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution;* Oxford, 1889, p. 270. El del anteproyecto, más curioso en ciertos respectos, encuéntrase en un folleto conservado en el *British Museum: An Agreement of the People for a Firm and Present Peace, upon grounds of Common, right and freedom. s.l.* 1647.

35 Este pacto popular, dice Borgeaud, "estaba destinado a recibir la a adhesión personal de los ciudadanos, según un procedimiento especial previsto". Borgeaud, *op. cit.*, p. 7.

forma negativa o limitativa del poder, cual ocurre en la primera declaración, o bajo la afirmación de la igualdad ante la ley, según pasa en la segunda.

El pacto popular no pasó, sin embargo, de la categoría de proyecto; pero sus principios fundamentales fueron ejecutados bajo el protectorado, y en 1653, el régimen mismo se estableció en la única *Constitución escrita* que Inglaterra tuvo, conocida bajo el título de *Instrumento de Gobierno*.[36] En ella se habla de que "en todo gobierno debe haber algo de fundamental, algo así como una *Gran Carta*, permanente e inalterable", principalmente para oponerse a la arbitrariedad de los parlamentos, los cuales, si hacen la ley, deben, sin embargo, hallarse a la ley suprema sometidos.

Cuál fue la suerte, tanto de esos intentos de Constitución escrita, tanto de las ideas a que responden en Inglaterra, sabido es de todos. No era, en verdad, Inglaterra la llamada a desenvolver inmediatamente tales principios.

Ofrecía un terreno más abonado para desenvolver el puritanismo religioso y político América, y allí fue donde la idea y la estructura de las Constituciones arraigaron. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que una Constitución *escrita* tiene siempre algo de pacto. "Por su naturaleza, el acto constituyente, decía Klüber, es una obra sinalagmática: es un acto entre partes, de las cuales, una y otra dan y reciben respectivamente".[37] Sin aceptar completamente con todas sus consecuencias esta doctrina, bien puede decirse que parece como que una Constitución que en un momento dado se redacta, que nace en un instante determinado, para ser desde entonces ley total de vida del Estado, es cosa de convenio. Pues bien: aparte de que la idea de convenio o de pacto, como acto inicial fundamental de las sociedades, era esencial a los congregacionistas, y así se concibe que los primeros fugitivos que en 1620 desembarcaron en Nueva Plymouth, empezaran por afirmar un pacto de establecimiento, que luego se imitó por otros, las circunstancias en que aquellas sociedades nuevas se instalaban brindaban a pactar, a ponerse de acuerdo respecto de la forma política de vida

36 Redactado por el Consejo de Oficiales del Protector. Cons. Borgeaud, *op. cit.*, p. 10.

37 *Oeffeneliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 1840, p. 406.

para lo futuro. De ahí que la mayoría de las comunidades políticas de Nueva Inglaterra sean el *Contrato Social* en acción y tengan su ley fundamental como base.

Lo que por una argumentación abstracta formula Rousseau; lo que había teorizado Locke, se ofrecía real y positivamente, sin el estado de naturaleza forzoso, a los puritanos de América; esto es, un suelo nuevo que se ocupa, una reunión de hombres "todos iguales y libres, por ley de naturaleza, que se hallan a punto de formar voluntariamente entre sí una comunidad política".[38]

Y eran tan favorables las condiciones, que aun cuando muchas colonias tuviesen, como advierte Bryce,[39] Cartas reales de fundación, tales Cartas hubieron de transformarse en verdaderos pactos fundamentales, orgánicos.

De todos estos pactos sociales y políticos, el que se señala como la primera Constitución escrita, anterior aun al *Agreement* de la democracia inglesa, si bien originado en idénticas ideas, es el Estatuto fundamental del Connecticut de 1639. El Connecticut formaba en un principio parte de Massachussetts Bay; pero por divergencias políticas, se separó, dirigido por el célebre Tomás Hooker, al igual que lo hizo también Rhode Island, dirigido por Williams.[40] Los habitantes de ambos futuros Estados deseaban afirmar más y más sus convicciones democráticas. Ahora bien: los colonos de Connecticut, como los de Rhode Island, al instalarse por sí de nuevo, redactaron sus Constituciones, en las que se salvan los principios democráticos, obteniendo Cartas de la Corona que "confirmaban el régimen político que habían instituído".[41]

He aquí algunas declaraciones de la Constitución de Connecticut, en las cuales están expresados los principios a que aludimos:

> Supuesto que, cuando un pueblo se forma, la palabra de Dios dispone, a fin de mantener la paz y la unión, que establezca un gobierno

38 Palabras del pastor Wyse, John, en su escrito célebre titulado *A Vindication of the Government of New England Churches,* 1772.

39 Véase Bryce, *The American Commonwealth,* t. II; también Claudio Janet, *Instituciones políticas y sociales de los Estados Unidos.*

40 "Roger Williams, dice Borgeaud, el primer apóstol de la libertad de conciencia", *op. cit.,* p. 15.

41 Borgeaud, *op. cit.,* p. 16.

> regular y conveniente, conforme a su voluntad, para la ordenación y la gestión de los negocios públicos en todo tiempo, según las necesidades, *nos unimos y nos asociamos para formar un Estado, una República*, y declaramos, tanto para nosotros como para nuestros sucesores y para quienquiera que se nos una, que hemos *formado un pacto mutuo de unión y de confederación*.

El preámbulo hace en seguida declaraciones relativas a la religión y al fin jurídico de la comunidad, para exponer luego en once artículos fundamentales aquellos puntos que forman el contenido sustancial de la futura Constitución escrita, a saber: soberanía de la Asamblea general de los ciudadanos; elección popular de los magistrados; renovación anual de su mandato; autonomía comunal, etcétera.

Análogas ideas se encuentran en la Constitución de Rhode Island, y tales ideas fueron las que al fin hubieron de predominar en Massachussetts, merced a acontecimientos de carácter revolucionario, al influjo poderoso de propagandas como la que implican los escritos del pastor Wyse,[42] y a la buena acogida que en aquellas apartadas regiones tienen las teorías de los derechos del hombre y del *Contrato Social*. Hacia 1772, la sociedad de Boston, sociedad constituída según ciertos principios aristocráticos, ofrece, aunque lejano, algún parecido con la sociedad aristocrática del antiguo régimen próximo a la Revolución en Francia. Como en ésta no se hablaba de otra cosa que de Rousseau y de sus ideas sobre el hombre y sobre el Contrato, allí estaban en boga las ideas análogas de Locke. El año citado, James Otis y Samuel Adams formulaban concretamente las aspiraciones que andaban en boca de todos, presentando a la Asamblea de ciudadanos de Boston la primera, en el orden del tiempo, de las Declaraciones de derechos americanas..., titulada así: *Declaraciones de los Derechos de los colonos como hombres, como cristianos y como ciudadanos*.[43] Y a partir

42 *Op. cit.*

43 Borgeaud, pp. 19 y 20. "Ese manifiesto, dice este autor, al cual se adhirieron con entusiasmo todos los municipios de Massachussetts, comenzaba así: En el número de los derechos naturales de los colonos está primeramente el derecho a la existencia; en segundo lugar, el derecho a la libertad, y en tercer lugar, el derecho a la propiedad, y como corolario, el derecho de mantenerlos y de defenderlos como mejor puedan. Esos derechos son evidentemente parte integrante, más bien que

de esta presentación y de los acontecimientos que siguen, puede decirse que encuentra su expansión natural en toda la América inglesa la aplicación del régimen constitucional, fundado en los dos principios que luego por todas partes se consagran, y que con significación y alcance muy diferentes van a formar la parte dogmática y la base de la orgánica del derecho constitucional futuro, a saber: la *Declaración de Derechos* y el *Pacto.*

Por de pronto, es de todo punto necesario fijarse en cómo se conducen, respondiendo al influjo de los procedimientos políticos empleados en las regiones de Nueva Inglaterra, los que en los momentos solemnes de la ruptura con la madre patria van a abrir los cimientos de la futura República norteamericana; y luego es preciso ver también cómo se propaga, por virtud de su fuerza naturalmente expansiva, el principio constitucional de los Estados todos que pactan la primera confederación.

Aquéllos redactan en 1776, reunidos en Congreso, un decreto que tiene todo el corte de una Constitución y que prepara la formación de la futura y *necesaria* Constitución política, al par que ordenan "a las diversas Asambleas y Convenciones de las colonias unidas, donde no esté formado aún un gobierno capaz..., establecer aquel gobierno que, en opinión de los representantes del pueblo, sea el más propio para garantir la prosperidad y seguridad de sus comitentes..."

Según advierte Borgeaud,

> la elaboración de Constituciones escritas no está expresamente prevista por ese decreto; pero respondía al pensamiento de sus autores, así como al de aquellos que estaban encargados de ejecutarlo. Su

consecuencias, del deber de conservación personal que comúnmente se denomina la primera ley de la naturaleza".

"Todos los hombres tienen el derecho de permanecer en el estado de naturaleza mientras les convenga, y en caso de opresión intolerable en el dominio civil o en el dominio religioso, el de abandonar la sociedad a que pertenecen y entrar en otra. Cuando los hombres entran en sociedad, es en virtud de consentimiento voluntario y tienen el derecho de reclamar el establecimiento y de velar por la ejecución de las condiciones y de las limitaciones previas que debe contener un contrato primitivo equitativo."

> concepción del Estado, fundada en un contrato explícito entre los ciudadanos; el recuerdo de los *covenants* políticos, que formaron los primeros colonos puritanos: el ejemplo de las Cartas, al tenor de las cuales se hallaba organizado el gobierno de varias colonias; la necesidad de legislar en nombre del pueblo, todo concurría a imponer y desenvolver la idea que en otros tiempos tuvieran, en la antigua como en la nueva patria, los padres de la democracia anglosajona.[44]

La expansión del principio constitucional por los Estados todos, merced a los impulsos a que venimos aludiendo, se verifica paulatina, pero seguramente. En primer lugar, tenemos algunas colonias que antes del gran movimiento general del Congreso se habían dado sus Constituciones como ya hemos visto. Tenemos, además, en 1776, las leyes constitucionales provisionales de New-Hampshire y las de la Carolina del Sur. El 12 de junio votaba Virginia su célebre *Declaración de Derechos* y el 28 la Constitución, no revisada hasta 1830. En el mismo año se organizaron ya Nueva Jersey (julio), Delaware (septiembre), Pensilvania (septiembre), Maryland (noviembre) y Carolina del Norte (diciembre). En 1777 redactaban la Constitución Georgia y Nueva York. Por fin, en 1780, Massachussetts establecía definitivamente, mediante procedimientos democráticos, su régimen constitucional.[45]

Las ideas relativas al derecho constitucional escrito encuentran, a fines del siglo XVIII, acogida simpática por extremo en Francia. Verdad es que este país se hallaba admirablemente preparado. No en vano se trata de la patria de Montesquieu y de Rousseau, de las ideas abstractas y de la concepción de lo sistemático aplicada a todos los órdenes de la actividad, desde el literario y artístico hasta al legislativo y político.[46] No en vano también se trata de la nación europea que contribuyó más directamente a la emancipación americana.

La prueba de esta buena disposición de Francia para el régimen constitucional escrito nos la ofrece, entre otras, el hecho de que

44 *Op. cit.*, pp. 21 y 22.

45 Esta Constitución la estima Borgeaud "a la vez como un punto de llegada y de partida en la génesis del derecho público moderno". El préambulo "compuesto según el gusto de la época, como una página del *Contrato Social...*", *op. cit.*, p. 23.

46 V. Taine, *Origenes de la France contemporaine*, t. I.

al reunirse los Estados generales en 1789, a pesar de los términos en que la convocatoria de Luis XVI está concebida, en muchas de las actas de designación del tercer Estado se habla insistentemente de la necesidad de redactar una Constitución, y hasta se proponen modelos, habiendo dentro de los Estados generales miembros de la misma nobleza que reclamaban como tarea de la Asamblea, "no mantener, sino *establecer* una Constitución".[47]

La idea principal dominante en Francia, inspirada de un lado en Montesquieu, y sobre todo en el ejemplo y en los resultados de la revolución americana, con la admiración que provocaron y con las enseñanzas que propagaron Franklin y los franceses que, como Lafayette, ayudaron a América a emanciparse, es la de que para ser un pueblo libre hay que tener una Constitución escrita, una ley fundamental hecha por la nación misma.

De qué modo arraigó tal idea, de qué manera se infiltró en el genio francés este elemento *formal* del derecho político, lo muestra claramente la historia misma de este pueblo, que tanta y tan persistente confianza tuvo, y aun tiene, en la eficacia reformista o transformista de las leyes o de las discusiones solemnes y declaraciones abstractas de las Asambleas políticas. Sufrió Francia, en menos de un siglo, los trastornos más radicales; pasó de una revolución violenta a una reacción no menos violenta; pero en todos los naufragios se salvó el principio *constitucional*.

Así puede afirmarse que, a pesar del origen anglosajón de la idea de una Constitución escrita, el derecho político concebido, bajo su forma definida, concreta, distinta de la de otros derechos, hoy difundido por casi toda Europa y por América, es esencialmente francés. Francia lo ha hecho carne de su carne y sangre de su sangre, y Francia fue quien supo propagarlo.

"Cuando Napoleón caía para no levantarse más, dice Borgeaud, la Revolución había dado la vuelta por toda Europa".[48] Ahora bien: una de las ideas que con la Revolución hicieron tan largo viaje es la de la necesidad de organizar el pueblo con una Constitución escrita.

47 E. Pierre, *Traité de droit politique, electorale et parlementaire*, 1893, pp. 1 y 3.

48 *Op. cit.*, p. 32.

6. *El origen de la idea de una declaración de derechos*

Volviendo, después de este largo rodeo, a la tesis concreta del profesor alemán, ceñida a la declaración de derechos también se propone el interesante problema del origen de la idea de una declaración legislativa de derechos. Viene de América, según hemos visto: el profesor Jellinek, conocedor experto de la evolución del pensamiento jurídico que informa el moderno régimen político, ahonda y determina con especial fortuna la génesis particular de las Declaraciones: va aquélla, sin duda, en nuestra modesta opinión, dentro de la génesis de las Constituciones escritas, pero tiene su camino o canal propio.

¿Cómo llegaron los americanos a formular las cláusulas legislativas de las Declaraciones? "Un examen superficial parece indicar una respuesta fácil. El nombre mismo señala las fuentes inglesas. El *Bill of Rights* de 1689, el *Habeas Corpus* de 1679, la *Petition of Right* de 1627, y por último, la '*Magna Charta Libertatum*', parecen los precursores indiscutibles del *bill of rights* de Virginia".

Y ciertamente hay en todos esos venerables documentos del constitucionalismo inglés antecedentes de gran valor. "Muchas proposiciones de la *Magna Carta* y del *bill of rights* ingleses han sido directamente incorporados por los americanos a sus exposiciones de derechos".

Pero "existe un abismo entre las Declaraciones americanas y las citadas leyes inglesas". Sin duda la tradición inglesa de los *derechos* influyó muchísimo en la *Declaración de Derechos* del 14 de octubre de 1774 del Congreso de Filadelfia; mas esta Declaración no tiene ni el tono ni el alcance de la de Virginia. "La Declaración de Filadelfia es una protesta, la de Virginia una ley. En ésta no se invoca el derecho inglés. El estado de Virginia reconoce solemnemente como base fundamental del gobierno los derechos de las generaciones presentes y futuras". Por otra parte, comparando esta Declaración con los documentos ingleses, decía ya Bancroft: "La petición inglesa de derechos de 1688 era histórica y retrospectiva; la Declaración de Virginia, por el contrario, venía directamente del corazón de la naturaleza y proclamaba principios directivos para todos los pueblos en los tiempos futuros". Los *Bills of Rights* americanos quieren, no sólo plantear ciertos principios

de la organización pública, sino, ante todo, trazar la línea de demarcación entre el individuo y el Estado. Según sus declaraciones, el individuo no debe al Estado, sino a su condición de hombre y a su naturaleza, los derechos que posee, derechos que son inalienables e inviolables. Las leyes inglesas ignoran todo eso.

Con lo cual vuelve a surgir el problema formulado: "¿De dónde proviene esta manera de ver de las leyes americanas?..." No proviene de la ley inglesa tradicional, no proviene de las concepciones del derecho natural de la época; las doctrinas del derecho natural jamás han producido una Declaración de Derechos.

Pero no es cosa de extractar la exposición del sabio profesor de Heidelberg: en su lugar oportuno puede ver el lector español las ideas que sustenta. Para los efectos de este estudio, bástanos copiar el siguiente párrafo con que termina el capítulo VII:

> La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aun hoy recuerdan con veneración.

7. *La crítica de E. Boutmy*

Como queda dicho más arriba, M. Boutmy publicó en los *Annales des Sciences Politiques* un elocuente artículo, refutando una por una las tesis sostenidas por el señor Jellinek:[49]

> No examino, dice, si M. Jellinek ha obedecido, sin darse cuenta, al deseo, muy natural, de hacer remontar a una fuente alemana la más brillante manifestación del espíritu latino del siglo XVIII... sólo estudio su tesis como tesis de un sabio... Todo lo que yo puedo reconocer como fundado en sus conclusiones, es que el ejemplo de América y su Declaración de Independencia, más aún que las Constituciones mal conocidas de los Estados, han podido entrar para algo

49 Las referencias al trabajo de Boutmy se hacen al tomo de los *Annales* que lo contiene. Ya hemos dicho que aquél figura —con algunas modificaciones— en el volumen titulado *Etudes politiques*, 1907.

> en la idea de reunir en un solo texto los derechos del hombre y del ciudadano, y colocarlo al frente de la Constitución. Eso no indica ni prejuzga nada, nótese, sobre los modelos, si los ha habido, que han podido ser imitados en la redacción de ese documento y sobre la fuente de inspiración de la cual proceda".[50]

Los demás asertos del señor Jellinek le parecen a M. Boutmy igualmente discutibles, y los discute. Para este sabio publicista, las afirmaciones del profesor alemán podrían reducirse a las siguientes: 1o. Las Declaraciones de Derechos no proceden del *Contrato Social*, más bien lo contradicen. 2o. La Declaración francesa, por su fondo y su forma, imita las de los Estados particulares americanos. 3o. La libertad religiosa es el elemento más antiguo de estas Declaraciones, pudiendo estimarse que de ella provienen, en cuanto la afirmación de la misma como un derecho natural debió sugerir, por imitación, la de los otros derechos.

Ahora bien: analizando una a una estas proposiciones E. Boutmy, opone, en resumen, los reparos que vamos a ver:

1o. La Declaración de Derechos no contradice el *Contrato Social*. La cláusula de éste, aparentemente anulatoria del individuo, no impide la posibilidad de una Declaración de Derechos. "Hay, escribe desde el principio —en el *contrato*— alguna cosa de fijo y determinado fuera de la arbitrariedad del soberano, y eso podría por sí solo ser el asunto de una Declaración". Porque las ideas implícitas en el *contrato* suponen un contenido sustancial en éste, a saber: la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, la exigencia de que la ley esté fundada en la necesidad de mantener la isonomía entre ellos, y el carácter general de aquéllos... Si se consideran atentamente los artículos particulares de la Declaración, se advierte que casi todos proceden de esos tres artículos fundamentales... Por otra parte, ¿no cabe imaginar que, si no los súbditos, el soberano redacte y promulgue una Declaración de ese género?".[51] M. Boutmy recuerda, a mi ver con razón, la necesidad de tener presente la idea del pueblo como soberano, o en otras palabras, que no son las suyas, pero que expresan bien quizá su idea: la necesidad de llevar de antemano resuelta la antinomia entre so-

50 Artículo *cit.*, p. 416.
51 Artículo *cit.*, p. 418.

berano y súbdito, concibiendo aquél como el autor de su *misma regla* jurídica.

> Estamos acostumbrados, escribe, a concebir el soberano como un monarca, es decir, como un individuo puesto aparte de la comunidad, y que tiene sus intereses particulares, más o menos opuestos a los del público. No estamos habituados a concebirlo, como el pueblo, bajo otro nombre, es decir, como la totalidad de los individuos, los cuales se hallan confundidos en él y no pueden tener otro interés que el suyo. ¿Qué imposibilidad existe para que ese soberano así definido sea quien redacte y promulgue la Declaración de Derechos?[52]

Y no sólo esto, un autor dice:

> Renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de hombre, a los derechos de la humanidad, hasta a sus deberes. No hay indemnización para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza humana... Es una convención vana y contradictoria estipular de una parte una autoridad absoluta y de la otra una obediencia sin límites. ¿No es claro que no comprometa a nada respecto de quien se tiene el derecho de exigirlo todo? —he ahí añade Boutmy, una introducción de gran estilo a la Declaración de Derechos. ¿Quién es el autor de esas líneas? Rousseau mismo; el pasaje está tomado del *Contrato Social*—.[53]

Y afirma Boutmy, como primera conclusión de su crítica, que será la conclusión general de su trabajo: "La Declaración de Derechos no proviene de Rousseau ni de Locke, de los *Bills* de derechos americanos, ni de la Declaración de Independencia: ella es el resultado de una causa indivisible: el gran movimiento de los espíritus de siglo XVIII".[54]

2o. Boutmy analiza con mucho detenimiento y habilidad lo referente al origen americano de la Declaración francesa, sobre todo lo del supuesto de que la Asamblea francesa se inspirase en las Declaraciones de los Estados particulares. ¿Cómo funda su punto de vista? En primer lugar, estima poco consistente la argumenta-

52 Artículo *cit.,* p. 418.
53 *Ibidem,* p. 419.
54 Artículo *cit.,* p. 419.

ción del profesor alemán a propósito de las inspiraciones americanas de Lafayette, recordando el hecho, para él muy significativo, de que éste no citase en la discusión de la Asamblea de las Declaraciones americanas.

> En toda la interminable discusión empeñada sobre las veintiún Declaraciones de Derechos, la Constitución de Virginia, a la cual atribuye el señor Jellinek una importancia particular, es la única que se cita, una sola vez y muy brevemente. Casi todos los desenvolvimientos están tomados del análisis de las nociones de libertad y de igualdad, de una concepción del cuerpo político, que podría provenir de Rousseau. Nada más sorprendente que ese silencio respecto de los modelos del lado de allá del Atlántico. Reconozco, sin esfuerzo, que el mismo silencio se ha observado, casi, respecto del autor del *Contrato Social*. Pero bien se ve que estos silencios no significan la misma cosa. Callarse en cuanto a América, indica que el ejemplo de las Constituciones de los Estados estaba muy lejos del pensamiento de nuestros constituyentes. Callarse lo de Rousseau, no indica que las ideas emitidas por el filósofo no fuesen admitidas por la mayoría de los espíritus.[55]

Boutmy examina luego, y critica, el valor histórico o genético —podría decirse— del paralelo que el profesor Jellinek hace entre la Declaración francesa y las americanas, cuando pone a dos columnas los diferentes textos en el capítulo V. Boutmy compara a su vez textos con textos; pero antes expone algunas observaciones de interés.

> Primeramente: no hay un texto americano, sino siete u ocho; en cada uno de esos documentos, M. Jellinek ha recortado, naturalmente, los artículos que más se parecen a la Declaración francesa, abandonando, no menos naturalmente, los que se separan de ella. Y resulta que si se toma cada Constitución en conjunto para compararla con la Declaración francesa, se tendrá, sin duda, la impresión de una semejanza mucho más vaga, y hasta de una diferencia infinitamente más acentuada, que limitándose a considerar los pasajes que M. Jellinek toma de todas las Constituciones. Ahora bien: las Constituciones, tales como se presentan, cada cual con su texto completo, son las que pueden haber servido de modelos a los Constituyentes

55 Artículo *cit.*, p. 427.

> franceses. El procedimiento empleado por M. Jellinek es, pues, en cierto modo sospechoso, contiene una causa grave de error...[56]

Por otra parte, M. Boutmy recuerda cómo M. Jellinek se refiere al influjo del *Common-Law* inglés, de la *Magna Carta*, la *Petición de Derechos,* el *Acta de Establecimiento,* en las Declaraciones americanas. Pero rectifica el argumento del profesor alemán, estimando que ese influjo pudo también ejercerse directamente sobre la Declaración francesa. Los principios practicados durante siglos en Inglaterra "no han tenido necesidad de pasar el Atlántico para volver hasta nosotros: han obrado directamente de un lado y de otro del Canal de la Mancha, ya sea sobre la Declaración de Derechos, ya sobre el fondo común del siglo XVIII, de donde la Declaración de Derechos los ha tomado...".[57]

Porque no hay que olvidar la existencia y el influjo de ese fondo común constituído en ambiente general merced a la acción de las ideas, alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, el cual se había extendido por todo el mundo civilizado, las colonias americanas inclusive.[58] De ahí ha salido toda la parte especulativa de la Declaración de Derechos. Las ideas, ya que no los libros de Rousseau, habían penetrado los espíritus. Hasta se produjo entonces un estilo, que es el de las Declaraciones todas: un estilo en máximas abstractas. "Esas máximas eran como el uniforme del siglo XVIII. La moda de entonces era pensar y expresarse con frases generales".[59] Por esta razón cree E. Boutmy que "las analogías que se observan entre tales Declaraciones americanas y la francesa de 1789 no deben llevarnos a referir la una a las otras, sino todas a un modelo común".[60]

Además, E. Boutmy distingue las Declaraciones americanas de la francesa, porque el propósito de los autores respectivos era muy diferente; y por último, para redondear esta parte de su tesis, hace un detenido examen comparativo, del corte del de Jellinek, y enderezado a señalar las diferencias que existen entre los textos com-

56 Artículo *cit.,* p. 422.
57 Artículo *cit.,* p. 422.
58 *Op. cit.,* p. 421.
59 *Op. cit.,* p. 423.
60 *Idem.*

parados, uno por uno, haciendo notar sus diferencias de tono, de alcance, de propósitos, *de ideas*.[61]

3o. M. Boutmy rectifica también el origen indicado por el autor alemán a las Declaraciones americanas. "Después de haber señalado —o más bien intentado señalar—, dice, el origen de la Declaración francesa, M. Jellinek se pregunta cuál es el origen de las Declaraciones americanas...", y tropieza con la *Magna Carta,* la *Petición de Derechos...*; pero no establece la relación de filiación. M. Jellinek "advierte que los *Bills* de derechos estipulan en Inglaterra para los ingleses, mientras que los americanos estipulan para los hombres. Los unos proceden de la historia; los otros salen del corazón, de la naturaleza, como dice Bancroft".[62]

Por otra parte, los artículos ingleses, casi todos, son limitaciones a la prerrogativa del soberano más bien que confirmaciones de las libertades del ciudadano.

Boutmy no desconoce la exactitud de estas indicaciones; "pero no impiden, dice, que más de la mitad lo menos de los *Bills* de Derechos americanos sea una simple transcripción del *Common Law*. En la Declaración de Virginia... encuentra que nueve artícu-

61 Es ésta quizá la parte más interesante del trabajo de Boutmy; pero no es posible extractarla. Por vía de ejemplo extractaré el análisis relativo al artículo 6o. de la Declaración de Derechos; dice Boutmy: "El artículo 6o. está concebido en estos términos: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de concurrir a su formación. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja, ya que castigue. Todos los ciudadanos son iguales a sus ojos; son igualmente admisibles a todos las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y facultades". Hay ahí cuatro ideas, de las cuales sólo una se menciona en los textos americanos: es la idea que en toda tierra anglosajona ha servido de base al régimen representativo. Los textos que cita M. Jellinek repiten uno tras de otro que las leyes no son válidas más que si están hechas por los ciudadanos o sus representantes. Uno de ellos añade, a imitación del *Bill* de derechos, que las elecciones deben ser libres. Otro se extiende sobre la calificación que debe ser la condición de la franquicia. Nada más; ninguna de las tres ideas: la ley debe ser la expresión de la voluntad general; debe ser la misma para todos; todos los ciudadanos son admisibles a todos los empleos; aparece, por poco que sea, en los artículos que se nos ofrecen como modelos de la Declaración francesa. Por mi parte añado la sencilla indicación de que la primera y la tercera sentencia parecen extractos de Rousseau y del *Contrato Social*.", *ibidem,* p. 425.

62 *Op. cit.*, pp. 434 y 435.

los, de diez y seis, están en ese caso".[63] Además, "si es cierto que los artículos ingleses se ocupan más bien con la prerrogativa del soberano para restringirla, y los artículos americanos con las libertades del súbdito, se debe en parte a la desaparición del soberano en el segundo caso. Tal deferencia procede de la Revolución efectuada...".[64]

Y llega Boutmy a la tesis capital del origen religioso —en la Reforma— de los derechos del hombre. No he de repetir las ideas del profesor de Heidelberg: ahí está su exposición brillante. Boutmy se opone. "La reforma ha engendrado, no la libertad de conciencia, sino todo lo contrario, una fe más profunda, más tenaz, más ligada a sus raíces que la fe que aspiraba a reemplazar. La inmensa mayoría de los refugiados que llegaban a Nueva Inglaterra constituían más bien una comunidad de fieles que de ciudadanos...".[65] Sin duda; pero ¿no entraña la reforma la afirmación íntima de la conciencia libre frente a la acción exterior de una jerarquía? Por otra parte, no hay que olvidar lo que esas comunidades de fieles llevaban en el espíritu... Se ha indicado más arriba.

Pero Boutmy, enamorado —con razón, todo es compatible— del influjo real de las corrientes generales históricas, vuelve a su tema...

> la libertad religiosa ha sido la gran conquista de la edad que precede la Revolución. El Cristianismo había introducido en el mundo el hábito de concebir aisladamente a cada individuo, de estimar cada alma en precio infinito y de hacer de la salvación personal de cada cristiano el gran negocio de la vida. La reforma sencillamente había reafirmado esas tesis, que contienen virtualmente la libertad de conciencia. Pero adicionándolas todo el fervor de una creencia que se estimaba de buena fe, la única capaz de producir la salud de los hombres; y en su virtud, había destruído las probabilidades que su vuelta a los puros principios del Evangelio había proporcionado a la libertad de conciencia. El siglo XVIII fue quien, libre de todo fervor religioso, encontró la verdadera base de la tolerancia; él ha fundado, no sobre el escepticismo, aunque éste haya contribuído, sino sobre la especie de duda metódica que precede a todo conocimiento y a toda creencia. En una palabra: el espíritu del

63 *Ibidem,* p. 435.
64 *Ibidem,* pp. 435 y 436.
65 *Op. cit.,* p. 437.

> siglo XVIII de una parte, y de otra las causas económicas, más bien que la tentativa abortada de Roger Williams; y la Reforma, donde M. Jellinek quiere ver la fuente, son quienes han hecho germinar y desenvolverse rápidamente la libertad religiosa en América.[66]

¿Y las libertades civiles y políticas? Algunas de ellas resultan en América de "la naturaleza de las cosas" y de las circunstancias en que se celebraba el primer pacto social: aquellos colonos ingleses se constituían desde un principio como un pueblo libre. "La democracia, bajo su forma más extrema, se les imponía, por decirlo así, a esos hombres... 'nacían de nuevo', como decía su evangelio, al llegar a aquél suelo casi desierto y sin historia...".[67]

Pero ¿no llevaban consigo algo del espíritu libre de Inglaterra y la tradición inspiradora de las luchas religiosas en pro de la conciencia libre? ¿No podría oponerse con una oposición sugestiva el proceder de los colonos ingleses, creadores de la República norteamericana, con el de los españoles, creadores de las colonias en las otras regiones de América? Boutmy recuerda la circunstancia distinta de Virginia, por ejemplo, "donde se establece una parte de la *gentry* inglesa"; pero advierte "no hay ni inmunidades hereditarias, ni monarquía capaz de consagrarlas. Los colonos se encontraron en la singular condición favorable de no haber llevado de Europa más que los rudimentos de una carta respecto de la cual eran especialmente contrarias las circunstancias de lugar, y que no tardó en desaparecer".[68] Repito que sería muy sugestivo el paralelo con la Colonización española.

En cuanto a las libertades que entrañan los derechos de reunión y asociación, la libertad de imprenta, y por fin, la misma religiosa, resultan de la naturaleza del Estado basado en elementos racionales. "Una Constitución republicana, ¿puede no conservar para la razón que ha producido y organizado la República frente a la historia y a su pasado tradicional todos los potentes medios de acción que han contribuído a hacerla prevalecer?..." Pero ¿de dónde vienen esos elementos racionales que poco a poco se desprenden del medio histórico, tendiendo casi en todas partes a producir la Re-

66 *Op. cit.,* p. 438.
67 *Op. cit.,* p. 439.
68 *Op. cit.,* p. 440.

pública o algo parecido? Proceden "del gran siglo XVIII, y ahí tropezamos también con la corriente impetuosa del derecho natural, que la depositaba doquiera en sus orillas".[69]

Tal es, sustancialmente, en imperfecto resumen, la elocuente crítica de Boutmy del trabajo del profesor Jellinek. Como queda indicado, éste replicó; no he de extractar el artículo del sabio alemán; va, ya se ha dicho, íntegro a continuación de la monografía que hoy se publica en español.

8. *Conclusión*

Preciso es terminar este largo estudio, y habrá de hacerse sin mediar en la interesante contienda. De un lado, porque el lector atento ha podido ver, en las consideraciones expuestas ya, cuál es el punto de vista que nos parece aceptable; resueltamente, la investigación rigorista, histórica, del sabio Jellinek, tiene un fundamento sólido: las tesis mantenidas no sólo entrañan la verdad en el respecto de la explicación del origen de las Declaraciones de Derechos; sino con relación al total régimen constitucional. Pero ya, al dar cuenta de la polémica en el artículo más arriba citado, hacíamos notar la posibilidad de una conciliación de las opiniones de los dos escritores. Depende acaso la diferencia entre las conclusiones de la posición de cada uno, y aun, como ya indicamos, del criterio general, según el cual se concibe la historia, en la cual hay grandes corrientes apreciables sólo en una ojeada sintética, y corrientes íntimas, intensas, oscuras, que sólo el análisis descubre. La historia es todo eso...

Para terminar, permítame el lector que copie aquí los párrafos con que daba fin al estudio a que antes me refería:

> ...cabe perfectamente admitir, decíamos, que la tesis histórica del señor Jellinek sea exacta en todas sus partes, sin que por eso se estime que se *rebaja* el valor, el influjo, la significación, la originalidad política de la obra francesa. Aunque con cierta parquedad, reconoce parte de esto último en su libro el sabio alemán. Lo que se desprende de una manera absoluta de esta investigación es que los principios de 1789 no son sino los de 1774. Pero es incontestable

69 *Ibidem*, pp. 441 y 442.

que su influjo duradero en Europa está íntimamente ligado a la redacción que recibieron en Francia.

Refiriéndose al trabajo de Jellinek, el profesor de París M. Larnaude hace estas reflexiones, que encuentro muy atinadas:

Lo que se creía hasta ahora una obra de la Revolución, no es, en realidad, más que un producto de la Reforma y de las luchas por ella engendradas... Nos guardaremos bien de contradecir a M. Jellinek en este punto; pero se nos concederá que el doble origen *religioso* y *americano* de la Declaración ha influído muy poco sobre el *papel, los destinos y los efectos* de la misma... Para todos, salvo para aquellos a quienes preocupe exclusivamente el deseo laudable de investigar el punto preciso donde emerge una idea, una institución, la Declaración de Derechos es esencialmente *francesa y revolucionaria*... Quien habla de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, alude necesariamente a *Francia* y a la *Revolución*.[70]

Por otra parte, ¿no procederán, repito, las diferencias, que al pronto parecen tan irreductibles, en las tesis de los dos escritores, de la diversidad de puntos de vista en que se colocan: de un lado, el del profesor alemán, el punto de vista particular de la génesis histórica de la *idea* de la Declaración con su *forma legal*; y de otro, el del publicista francés, el punto de vista más amplio y general de la *evolución total* de la vida política, con la consideración de todos los influjos universales que en tal evolución se advierten? ¿Se excluyen en una concepción más comprensiva del periodo revolucionario, dentro del cual se produjo la Declaración francesa, la acción del ejemplo, de la limitación, del precedente inmediato de las Constituciones americanas, con la génesis del primer "Derecho del hombre", a que alude Jellinek, y la influencia de las ideas filosóficas del siglo XVIII, que por tal manera habían transformado las aspiraciones políticas de Francia? Ciertamente, sin el influjo americano acaso no se habría formulado como se formuló la Declaración de 1789. Pero ¿habría ésta surgido sin la preparación del espíritu social por obra de la renovación de ideas que constituye, como dice Boutmy, el "fondo común del siglo XVIII

70 Prólogo a la traducción francesa del libro de Jellinek, pp. VII y VIII.

alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau?"... Más aún: ¿se habría llegado a donde se llegó en América sin el impulso de las ideas mismas que no "fueron, según advierte el señor Jellinek, la creación exclusiva de Francia, y a cuya expansión contribuyeron franceses, alemanes, ingleses e italianos?".

En rigor, no basta para explicar la Declaración de Derechos la determinación escueta de sus antecedentes históricos y jurídicos; pero no podríamos explicarla bien sin ponerlos de manifiesto de una manera precisa; lo que hace falta, además, es combinar dichos antecedentes con los que entraña el gran movimiento político en medio del cual la Declaración francesa y sus modelos *han podido* formarse.

Adolfo POSADA

Madrid, 14 octubre 1907

LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

PRÓLOGO DEL AUTOR A LA SEGUNDA EDICIÓN ALEMANA

El siguiente trabajo, publicado por primera vez, hace más de ocho años, como un estudio para mi *Teoría general del Estado,* logró un éxito mucho mayor del que yo podía esperar. En Alemania tuvo una buena acogida, dedicándosela con frecuencia frases de calor desusado. Fue traducida a varios idiomas. Dos de las traducciones se hicieron expresamente autorizadas por mí y por mí examinadas. La primera, en inglés, se hizo en América;[1] la francesa va precedida de una introducción de un profesor de la Facultad de Derecho de París.[2] La edición francesa, sin embargo, motivó inmediatamente una detenida réplica del miembro del Instituto de Francia, Mr. Emilio Boutmy, la cual, no obstante la cortesía de su forma, que tan favorablemente caracteriza la polémica francesa, no puede menos de calificarse de apasionada.[3]

Boutmy se considera herido en sus sentimientos nacionales, porque yo había negado la originalidad de los franceses en la creación de su Declaración de Derechos. Trata de defenderse, ignorando totalmente las más modernas investigaciones emprendidas también del lado francés, y que ratificaban la exactitud de mis asertos. En su apasionamiento, ni siquiera ha leído mi escrito exactamente. Pone sus sentimientos en lugar de los hechos, y en vez de la de-

1 *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens, Autorized translation from the German,* por Max Farrand Ph. D., professor of History in Wesleyan University. Revised by the author, Nueva York, Henry Holl und Company, 1901.

2 *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.* Traduit de l'allemand par Georges Fardis, Avocat, Edition française revue de l'Auteur et augmentée de nouvelles notes. Avec un préface de M. F. Larnaude, professeur de Droit de l'Université de París, París, Albert Fontemoing, 1902.

3 E. Boutmy, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et M. Jellinek, Annales des Sciences Politiques,* 1902, t. XVII, pp. 415-443.

mostración aplica la declamación ingeniosa. La voz del hombre ilustre que cree anunciar el triunfo del *esprit* francés sobre la erudición alemana, hizo su impresión en Francia. Y así me he visto impulsado a dirigirme al señor Boutmy en Francia mismo,[4] para demostrar que no me había refutado en ningún punto especial, y sobre todo, que había interpretado mal el objeto entero de mi trabajo, el cual no está consagrado al triunfo del espíritu germánico, sino al conocimiento de la verdad histórica. Ante mi réplica ha callado hasta hoy Boutmy y con él la crítica francesa, y no creo que me hubieran dejado la última palabra si hubieran tenido algo que oponer.

La mala interpretación que mis asertos han logrado en Francia me obliga, sin embargo, a acentuar aún más rigurosamente en este lugar la tendencia de mi trabajo, a pesar de que éste debería bastar por sí solo para el lector atento. No he examinado la Declaración de la Constituyente en su valor histórico, filosófico y social, sino exclusivamente en su significación en la historia constitucional europea. Quise además, mediante un ejemplo saliente, demostrar cómo las exigencias abstractas impuestas al Estado se convierten en leyes para el mismo Estado. Quien esté familiarizado con la literatura política sabe cuán distintas son las creencias que aspiran a realizarse. Y esto impone necesariamente la cuestión de cuáles son las causas que elevan a determinados pensamientos a derecho positivo, mientras cierran a otros el camino del reconocimiento constitucional. Hasta aquí nos hemos ocupado casi exclusivamente con los orígenes literarios de las ideas políticas y hemos prescindido de la cuestión de las fuerzas históricas vivientes, que convierten las ideas en derecho positivo. Sin embargo, el camino de una exigencia filosófica a un hecho del legislador es amplio y complejo, y había que establecer el comienzo de este camino y reconocer las mutaciones que las ideas sufren en su largo proceso a través de la historia de las instituciones.

4 "La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy". *Revue du Droit Public et de la Science Politique,* 1902, t. XVIII, pp. 385-400 (a).

(a) Este trabajo de M. Jellinek va en esta edición española a continuación de la monografía sobre *La Declaración de los Derechos del Hombre*, etcétera (n. del t.).

En este lugar no sólo creo necesario reafirmar el pensamiento fundamental, metódico, del presente trabajo, para deshacer los errores en que se ha caído en Francia, pues aun en Alemania no siempre se logró interpretarlo rectamente. En la segunda edición de su excelente libro sobre Althusio declara Gierke exclusivista mi aserto de que el derecho originario a la libertad religiosa sea principalmente la fuente esencial de los derechos del hombre.[5] Pero nunca he afirmado tal cosa; no ya todos los derechos del hombre, sino tan sólo su *expresión legislativa* procede de la libertad religiosa, lo cual debería estar, sin embargo, fuera de duda. También se puede considerar establecido que la representación de los derechos del hombre, innatos e inalienables, se desenvuelve por primera vez en las luchas político-religiosas, en la iglesia reformada y sus sectas, hasta ser un poder que dirige los espíritus.[6]

En un importante discurso sostiene A. Wahl que las *Remontrances* del Parlamento de París ya desde el 1752 a 1768 hablan de los derechos generales del hombre a la libertad, la propiedad y la seguridad, y cree que como los franceses posteriormente no habrían necesitado tomar de una manera puramente externa sus derechos del hombre de los americanos, la deuda sería, por lo menos, recíproca.[7] Fundándose en las deducciones de Wahl, sostiene Richard Schmidt, contradiciéndome, que los derechos del hombre franceses no son de origen puramente angloamericano, sino la más consecuente expresión del "Derecho Natural de la Europa occidental".[8]

Tan cierto es esto que, como ha tiempo ya se sabe, los aludidos derechos, totalmente incoloros, y sin contenido, figuraban entonces, y mucho antes aún, entre las trivialidades del derecho natural:

5 Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 2a. ed., 1902, p. 346, n. 49.

6 Esto ha sido también acentuado enérgicamente del lado inglés. V. D. G. Ritchie, *Natural Rights*, Londres, 1895, pp. 2 y ss. Contra Rehm —*Allgemeine Staatslehre,* p. 247—, que cree poder negar la relación entre la libertad religiosa, en los documentos americanos del siglo XVII, y los derechos de libertad del siguiente, en virtud de una interpretación jurídica aquí ociosa, véase mi refutación detallada en *Allgemeine Staatslehre*, pp. 374 y ss.

7 Wahl, *Politische Ansichten des offiziellen Frankreichs in 18. Jahrhundert,* 1903, p. 23.

8 R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre,* II, 1903, pp. 799-804.

se habían expresado antes de Locke, pudiendo seguirse su rastro hasta Aristóteles. Ellos y algunos más habrían podido encontrarlos Wahl y Schmidt más allá de todos esos documentos franceses, en nuestro venerable europeo del centro Cristián Wolff, el cual, como ha tiempo se sabe también,[9] juntamente con Locke, ejerció poderosa influencia en el espíritu del siglo XVIII. Los Derechos del hombre circulaban en ese siglo por el viejo y por el nuevo mundo mucho antes de sus grandes revoluciones; pero su expresión legal, determinante de la organización del Estado, no procede sólo de las teorías del derecho natural, y menos aún, sobre todo, la redacción de un catálogo de derechos especiales de libertad al lado de los derechos generales de la doctrina del derecho natural. Quienes conozcan la historia constitucional moderna saben que no son éstos, sino aquéllos, los que han alcanzado una importancia permanente. Aun cuando ya antes he puesto de relieve con toda claridad el influjo del derecho natural sobre las fórmulas de las proposiciones americanas y francesas, todavía consagraré a este asunto un capítulo especial.

Las ampliaciones, modificaciones y adiciones que se han hecho en esta segunda edición, están principalmente motivadas por la literatura publicada en estos últimos años. Se añade al final la copia de la célebre Declaración de Derechos de Virginia, porque en Alemania es aún muy poco conocida. Por lo demás, nada se ha cambiado en lo fundamental de esta exposición. La sobriedad del lenguaje se ha conservado, pues estimo inconveniente emplear muchas palabras cuando se pueden emplear pocas. De otros errores espero no se culpará ya a esta sobriedad. Si contra lo que espero se produjesen, que se me permita declarar: "*Je ne sais pas l'art d'être clair pour qui ne veut pas être attentif*" (No conozco el arte de ser claro para quien no quiere ser atento).

Georg JELLINEK

Heidelberg 3 diciembre 1903

9 Sobre el influjo de Wolff en Francia, véase B. Hasbach, *Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von François Quesnay und Adam Smith gegründeten politischen Ökonomie*, 1890, p. 47.

I. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS FRANCESA DE 26 DE AGOSTO DE 1789 Y SU SIGNIFICACIÓN

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789 es uno de los acontecimientos más importantes de la Revolución francesa. Ha suscitado, desde diversos puntos de vista, las críticas más encontradas. Los políticos y los historiadores la han discutido a fondo, y a menudo han llegado a la conclusión de que no poco es producir la anarquía en que ha caído Francia después de la toma de la Bastilla. Se han dedicado a demostrar que sus fórmulas abstractas eran ambiguas, y por tanto peligrosas, no respondiendo a la realidad política e implicando desconocimiento de la práctica de las cosas del Estado. Su pathos vacío habría confundido los espíritus, turbado la serenidad del juicio, inflamado las pasiones, apagando el sentimiento del deber —del deber no se trata siquiera—.[1] Otros, por el contrario, principalmente franceses, le han celebrado como una revelación de alcance histórico universal, como el catecismo de los "Principios de 1789", que constituyen el fundamento eterno del orden político; como el presente más precioso hecho por Francia a la humanidad.

Se ha atendido más al alcance político e histórico de este documento que a su importancia histórico-jurídica, la cual ha conservado hasta nuestros días. Sea cual fuere el valor de sus proposiciones generales, bajo su influjo se ha formado la noción de los Derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo

1 Juicio emitido primero, como es sabido, por Burke y Bentham, y luego por Taine. *Les origines de la France comtemporaine. La Revolution,* I, pp. 273 y ss. Oncken, *Das Zeitalter des Revolution, des Kaiserreíches und der Befreiungskriege,* I, pp. 229 y ss., y Weiss, *Geschichte der französischen Revolution,* I, 1888, pp. 263.

de los Estados del Continente europeo. La literatura jurídico-política sólo conocía hasta entonces derechos de los Jefes de Estado, privilegios de clase, de los particulares o de ciertas corporaciones, no manifestándose los derechos generales de los súbditos sino bajo la forma de deberes del Estado, sin constituir para los individuos títulos jurídicos caracterizados. Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces sólo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo. Realizóse esto, en primer término, por la Constitución de 3 de septiembre de 1791, la cual, sobre la base de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que le precedía, fijaba una serie de *droits naturels et civils* como Derechos garantidos por la Constitución.[2] En unión con el derecho electoral, esos *"droits garanties par la Constitution"*, que han sido enumerados la última vez en la Constitución del 4 de noviembre de 1848,[3] forman hasta ahora el único fundamento de la teoría y de la práctica francesas en punto a los derechos subjetivos públicos del individuo.[4] Bajo el influjo de la Declaración francesa se han adoptado en las Constituciones de los otros Estados continentales análogos Catálogos de Derechos, cuyas fórmulas y proposiciones están más o menos acomodadas a las condiciones particulares de los diversos Estados, y presentan a menudo grandes diferencias, no sólo de forma, sino de esencia.

En Alemania, la mayoría de las Constituciones anteriores a 1848 contenían un capítulo sobre los derechos de los súbditos. En el año de 1848, la Asamblea Nacional Constituyente de Francfort votaba los Derechos fundamentales del pueblo alemán, que se publicaron como ley del Imperio el 27 de Diciembre de 1848. Aunque la decisión federal de 23 de Agosto de 1851 la haya declarado nula, ha conservado, sin embargo, una importancia duradera, pues muchas de sus disposiciones han pasado casi textualmente al De-

2 *Titre premier: Dispositions fondamentales garanties par la Constitution.*

3 Hélie, *Les Constitutions de la France,* pp. 1.103 y ss.

4 Cons. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* p. 3, n. I. Bajo el influjo de las doctrinas alemanas se ha modificado el punto de vista en estos últimos años. Véase Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français,* París, 1899.

recho actual del Imperio.[5] En las Constituciones europeas posteriores a la época de 1848, esos catálogos de Derechos se reprodujeron en gran escala, habiendo ocurrido esto principalmente en la Constitución prusiana de 31 de enero de 1850 y en la Ley política fundamental austriaca sobre los Derechos generales de los ciudadanos de 21 de diciembre de 1867. Últimamente se han enunciado en las Constituciones de los jóvenes Estados de los Balkanes.

Forman una excepción digna de notarse a lo expuesto la Constitución de la Confederación de Alemania del Norte y la del Imperio alemán, en cuanto en parte alguna hablan de los Derechos fundamentales de los individuos. En la Constitución del Imperio no era necesario semejante Catálogo, tanto más cuanto que figuraban aquéllos en las Constituciones de los Estados federados particulares. Una serie de leyes del Imperio, además, como advertíamos, ha confirmado los principios proclamados en los Derechos fundamentales de Francfort. No hacía falta dar a esos Derechos una consagración constitucional especial, pues el Reíchstag, que, en efecto, debía tener el mayor interés en sostenerlos, no tenía que observar ninguna formalidad particular para la reforma de Constitución.[6] En realidad, los derechos públicos del individuo son mucho más amplios en el Imperio alemán que en la mayoría de los Estados con Catálogos constitucionales de derechos fundamentales. Puede esto comprobarse, por ejemplo, con sólo pasar la vista por la legislación y la práctica judicial y administrativa de Austria.

Sea cual fuere la opinión que hoy se tenga sobre la formulación de principios abstractos, vitales sólo mediante la expresión legislativa detallada, para la determinación de la situación jurídica del individuo en el Estado, el hecho de que el reconocimiento de tales principios se conexiona históricamente con aquella primera Declaración de Derechos, hace ver como un problema importante de la historia constitucional el establecimiento del origen de la Declaración de Derechos francesa de 1789. Sólo en virtud de esta acción

5 Binding, *Der Versuch der Reíchsgründung durch die Paulskirche,* Leipzig, 1892, p. 23.

6 Al discutirse la Constitución, el Reichstag rechazó todas las proposiciones para incluir los derechos fundamentales en el texto constitucional. Véase Bezold, *Materialien der deutschen Reichsverfassung,* III, pp. 896-1.010.

histórico-constitucional se distingue la Declaración de cualquier otro de los innumerables sucesos históricos de la época de la Revolución, que importe sólo como asunto privativo de Francia. De ahí el gran interés de esta investigación histórico-jurídica, hasta ahora harto descuidada. La solución de este problema es, además, de alta significación, no sólo para comprender el desenvolvimiento del Estado moderno, sino también la situación que en él corresponde al individuo. Hasta ahora, en las obras de Derecho político, se han enumerado tan sólo diversos precedentes de la Declaración de la Constituyente, desde la *Carta Magna* hasta la Declaración de Independencia americana, pero sin hacer investigaciones más profundas sobre las fuentes en las cuales se han inspirado los franceses.

La opinión más extendida sostiene que las doctrinas del *contrat social* han suscitado la Declaración, y que la Declaración de Independencia de los trece Estados Unidos de América del Norte fue su modelo. Examinemos ahora la exactitud de esos asertos.

II. El "Contrat Social" de Rousseau no es la fuente de esta Declaración

En su *Historia de la ciencia política*, la obra más extensa en este género que Francia posee, Paul Janet, después de una exposición detallada del *contrat social*, trata del influjo de esta obra de Rousseau sobre la Revolución. La idea de la Declaración de Derechos se refiere a los principios de Rousseau. La Declaración misma, ¿es otra cosa que la fórmula del Contrato político según las ideas de Rousseau, y los derechos particulares las cláusulas y condiciones de aquel Contrato?[7]

Es díficil comprender cómo un conocedor del *contrat social* ha podido sostener en este punto la opinión corriente.

El *contrat social* se resume en una sola cláusula, a saber: la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad.[8] El individuo no conserva para sí un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado.[9] Todo lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la *volonté générale*, la única que determina sus límites, y que no debe ni puede ser restringida jurídicamente por ninguna fuerza. La propiedad misma pertentece a los individuos sólo en virtud de concesión del Estado; el contrato social hace al Estado

7 "Est il nécessaire de prouver qu'un tel acte ne vient point de Montesquieu, mais de J. J. Rousseau?..." Mais l'acte même de la déclaration est il autre chose que le contrat passé entre tous les membres de la communauté, selon les idées de Rousseau? N'est ce pas l'énonciation des clauses et des conditions de ce contrat? *Histoire de la Science politique,* 3a. ed., pp. 457 y 458.

8 Ces clauses, bien entendues, se réduisent toutes à une seule: savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. *Du contrat social,* I, 6.

9 De plus, l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être et nul associé n'a plus rien à réclamer, I, 6.

señor de todos los bienes de sus miembros,[10] los cuales continúan poseyendo como depositarios del bien público.[11] La libertad civil consiste sencillamente en lo que queda al individuo en la definición de sus deberes cívicos.[12] Estos deberes sólo la ley puede fijarlos; las leyes deben, según el *contrat social*, ser iguales para todos los ciudadanos, y éste es para el poder soberano el único límite, que tiene su origen en su propia naturaleza,[13] llevando aquél en sí mismo sus garantías.[14]

La concepción de un derecho originario que el hombre transfiere a la sociedad, y que se presenta como una limitación jurídica del soberano, se rechaza expresamente por Rousseau. No hay ley fundamental que pueda ligar a la comunidad, ni aun el *contrat social* mismo.[15]

Y hasta ciertos derechos de libertad han sido declarados por Rousseau como directamente contrarios al Estado. Especialmente la libertad religiosa. Quien no confiese la religión civil cuyos artículos hayan sido fijados por el soberano, puede ser proscripto.[16] Y si la hubiera confesado y se condujera como si no creyese en ella, se le castigará con la muerte. Quien osare decir fuera de la Iglesia no hay salud, debe ser echado del Estado.[17] Después el

10 Car l'État, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens par le Contrat social, I, 9.

11 ...les possesseurs étant considérés comme dépositaires du bien public, I, 9.

12 On convient que tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté; mais il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance, *ibidem*, II, p. 4.

13 Aussi, par la nature du pacte, tout act de souveraineté, c'est-à-dire toute acte authentique de la volonté générale, oblige ou favorise également tous les citoyens, II, 4.

14 La puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les sujets, I, 7.

15 Il est contre la nature du corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il en puisse enfreindre... il n'y a ni en peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le Contrat Social, I, 7.

16 Il y done une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religions, mais comme sentiments de sociabilité... Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'Etat quiconque ne les croit pas, IV, 8.

17 Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas qu'il soit puni de mort... Quiconque ose dire: *Hors de l'Église point de salut*, droit être chassé de l'Etat, IV, 8.

derecho de asociación. Las asociaciones políticas que dividen al pueblo impiden la expresión de la voluntad general y no deben ser, por tanto, favorecidas.[18]

Estos ejemplos deben bastar, de una vez para siempre, para rechazar la idea de que Rousseau haya querido asegurar a la libertad del individuo una esfera infranqueable.[19]

La Declaración de Derechos pretende trazar la línea de separación eterna entre el Estado y el individuo, línea que debe tener siempre el legislador ante su vista, como el límite que se le impone de una vez para todas por "los Derechos del Hombre, naturales, inalienables y sagrados".[20]

Los principios del *contrat social* son, por tanto, absolutamente contrarios a una Declaración de Derechos. Porque de ellos proviene, no el derecho del individuo, sino la omnipotencia de la voluntad general, jurídicamente sin límites. Mejor que Janet, ha recogido Taine las consecuencias del *contrat social*.[21]

La Declaración del 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el *contrat social*. Sin duda las ideas de esta obra han ejercido un cierto influjo sobre algunas fórmulas de esa Declaración. Pero el pensamiento mismo de la Declaración debe venir necesariamente de otra fuente.

18 Il importe done, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'Etat, et que chaque citoyen n'opine que d'après lui, II, 3.

19 Cuando Boutmy, *loc. cit.*, pp. 417 y ss., a pesar de esto, alaba a Rousseau como el precursor de los derechos de libertad, contempla el *Contrat social*, no como Rousseau lo ha escrito, sino como él lo escribiría.

20 Constitution du 3 septembre 1791, titre prémier: Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois que portent atteint et mettent obstacle à l'exercise de droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution.

21 Cons. Taine, *op. cit., L'Ancien Régime*, pp. 321 y ss. Si se siguiera del *contrat social* la exigencia de una Declaración de Derechos, nada menos que un cuarto de siglo habría podido correr desde la aparición hasta la exigencia. Antes de 1776, en Francia, no se manifiesta ésta en parte alguna.

III. SU MODELO SON LOS "*BILLS OF RIGHTS*" DE LOS ESTADOS PARTICULARES DE LA UNIÓN NORTEAMERICANA

La idea de una Declaración de Derechos se había expresado ya en Francia antes de la reunión de los Estados generales. Consta en numerosos *cahiers*. El del Bailiage de Namours es especialmente digno de nota, pues contiene un capítulo con este título: "De la necesidad de establecer cuáles son los Derechos del Hombre y del Ciudadano",[22] presentando un Proyecto de treinta artículos. Entre los demás Proyectos, el que se encuentra en el expediente del *tiers état* de la ciudad de París tiene un particular interés.[23]

En la Asamblea Nacional fue Lafayette quien, el II de julio de 1789, proponía añadir a la Constitución una Declaración de Derechos, y presentaba un Proyecto de tal Declaración.[24]

La doctrina dominante estima que Lafayette hizo esta proposición bajo el influjo de la Declaración de Independencia del Norte de América.[25] Se considera además esta última como el Modelo que la Constituyente tenía presente en su espíritu al deliberar sobre semejante Declaración. Algunos hacen notar con elogio la forma concisa y breve, así como el carácter positivo del documento americano, frente a la oscuridad y al doctrinarismo de la Declaración francesa.[26] Otros oponen como contraste más típico las primeras

22 De la nécessité d'établir quels sont les droits de l'homme et des citoyens, et d'en faire une déclaration qu'ils puissent opposser à toutes les espèces d'injustice". *Archives parlementaires,* I, serie IV, p. 261.

23 *Archives parlementaires,* V, pp. 281 y ss.

24 *Archives Parlementaires,* VIII, pp. 221 y 222.

25 Cons. por ejemplo, H. v. Sybel, *Geschichte der Revolutionszeit von 1789-bis 1800,* 2a. ed., I, p. 73.

26 Cons. Häusser, *Geschichte der franz. Revolution,* 3a. ed., p. 169. H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts,* I, p. 368. Stahl, *Staatslehre,* 4a. ed., p. 523. Taine, *op. cit., Le Révolution,* I, p. 274. Ici rien de semblable aux déclarations

Enmiendas de la Constitución de la Unión,[27] o creen en su influjo sobre la Declaración francesa, aunque no hayan sido adoptadas sino después del 26 de agosto de 1789, error que proviene del hecho de que la Declaración de 1789 se produjo literalmente en la Constitución del 3 de septiembre de 1791, siendo inevitable para quien no conoce bien la historia constitucional francesa y sólo tiene a la vista los textos constitucionales, de los que parece resultar que la Declaración de 1789 es de fecha posterior.

Es opinión general, en cuantos se remontan más allá de la Declaración francesa, que la proclamación de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 es la primera exposición de una serie de derechos del hombre.[28]

Está concebida en estos términos:

> Consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas —*to be self-evident*— las verdades siguientes: que todos los hombres han nacido iguales; que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables; que entre esos derechos deben colocarse en primer lugar: la vida, la libertad y la busca de la felicidad; que para asegurarse el goce de esos Derechos, los hombres han establecido entre sí los Gobiernos cuya justa autoridad emana del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno resulte destructora de esos fines para los cuales fue establecida, el pueblo tiene el derecho de cambiarla o de abolirla y de instituir un nuevo Gobierno, estableciendo sus fundamentos sobre los principios y organizando sus poderes en la forma que más propia le parezca para procurarle la seguridad o la felicidad.

précises de la Constitution américaine. Ad. Nota I, comp. la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776. Qué poco fundada es esta alabanza de la americana a costa de la francesa, pronto habrá de verse.

27 Stahl, *op. cit.*, p. 524. Taine, *loc. cit.*, Advierte también en la nota que Jefferson propuso una Declaración de Derechos que fue rechazada.

28 Stahl, p. 523, *cit.* pasada de las Declaraciones de los Estados particulares; pero no indica con exactitud de qué época proceden o en qué relación están con la Declaración francesa, y además se infiere de su indicación que no la conocía de cerca. Janet, *op. cit.*, t. II, pp. XIV y ss., reconoce la analogía de la Declaración americana y la francesa; pero no señala con precisión la relación exacta entre ellas, y considera a Rousseau como la fuente de la Declaración francesa.

Esta proposición está tan universalmente concebida que es difícil ver en ella o inferir en ella todo un sistema de derechos. Por adelantado, pues, resulta inverosímil que haya sido el modelo de la Declaración francesa.

Esta suposición se convierte en certidumbre gracias a Lafayette. En un pasaje de sus Memorias, que hasta aquí ha pasado por completo inadvertido, designa el modelo que ha tenido presente al hacer su Proposición en la Constituyente.[29] Precisamente hace observar que el Congreso de la nueva Confederación de los Estados libres norteamericanos no estaba entonces en situación de declarar reglas de derecho para las colonias particulares que se habían elevado al rango de Estados soberanos. Expone que en la Declaración de Independencia únicamente se ha formulado el Principio de la Soberanía Nacional y el derecho a cambiar la forma de gobierno. Los otros Derechos se hallan sólo contenidos de una manera implícita en la enumeración de las violaciones de derechos justificativas de la separación de la madre patria.

Pero no ocurría esto con las Constituciones de los Estados particulares de la Unión, las cuales iban precedidas de Declaraciones de Derechos, con fuerza obligatoria para los representantes del pueblo. *El primer Estado que ha producido una Declaración de Derechos, en el pleno sentido de la palabra, fue el de Virginia*.[30]

La Declaración de Virginia y de los demás Estados particulares americanos eran la fuente del proyecto de Lafayette. Y no sólo para él, sino para todos cuantos quisieron hacer adoptar una Declaración de Derechos. Ya los expedientes antes citados estaban bajo el influjo de semejantes Declaraciones.

29 *Mémoires, correspondances et manuscripts du général Lafayette,* publiés par sa famille, II, p. 46.

30 Mais les Constitutions que se donnèrent successivement les treize états, furent précedées de déclarations des droits, dont les principes devaient servir de règles aux représentants du peuple, soit aux conventions, soit dans les autres exercises de leur pouvoirs. La Virginie fut la première à produire une déclaration des droits proprement dite, *op. cit.*, p. 47. También Condorcet, *Oeuvres*, IX, p. 168, había indicado que Virginia había acordado la primera verdadera Declaración de Derechos, y así "l'auteur de cet ouvrage a des droits à la reconnaissance éternelle du genre humain".

Las nuevas Constituciones de los Estados particulares americanos eran entonces muy conocidas en Francia. En 1778 había aparecido en Suiza una traducción francesa dedicada a Franklin.[31] Otra traducción, debida a la iniciativa del mismo Benjamín Franklin, se publicó en 1783.[32] Su influjo sobre la legislación constitucional de la Revolución francesa no se reconoció hasta ahora suficientemente. En general, hasta los tiempos más recientes, en Europa sólo se reconocía un lugar eminente en la Historia constitucional moderna a la Constitución de la Unión, no a la de los Estados particulares. La importancia de estas últimas se ha realzado especialmente por el hecho, ignorado hasta por historiadores y profesores de política eminentes, de que los Estados particulares americanos han tenido las primeras Constituciones escritas. En Inglaterra y en Francia, se ha comenzado ya a apreciar la importancia de las Constituciones de los Estados americanos;[33] en Alemania han pasado hasta ahora inadvertidas. Sin duda, durante largo tiempo, los textos constitucionales antiguos eran de difícil manejo en Europa, en su conjunto. Sin embargo, gracias a la edición que en 1877 se hizo, por orden del Senado, de todos los textos constitucionales americanos[34] desde los tiempos más remotos, es posible ahora orientarse

31 *Recueil des lois constitutives des colonies angloises, confédérées sous le dénomination d'Etats-Unis de l'Amérique-Septentrionale. Dedié. à M. le Docteur Franklin.* En Suisse, chez les librairies associés.

32 Cons. Ch. Borgeaud, *Etablissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe,* París, 1893, p. 27. Sobre las numerosas traducciones de las Constituciones americanas y su influjo en Francia, véase también ahora la explicación de A. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française,* París, 1901, pp. 19 y ss., el cual expresamente afirma que la Declaración de Virginia es: "presque la future Déclaration des Droits français", p. 21; además, H. E. Bourne, *American Precedents in the French National Assembly, American Historical Review,* VIII, 1903, pp. 466 y ss. Ya la Literatura contemporánea se ocupaba con los documentos constitucionales americanos; especialmente la obra en cuatro volúmenes que sobre Virginia envió, como agente de los Estados Unidos en Francia, Mazzei —un italiano de origen—, *Recherches historiques sur les Etats-Unis,* 1788; hizo gran impresión. Cons. Bourne, p. 467; G. Koch, *Beiträge zur Geschichte der poliischen, ibidem*, II, 1896, pp. 208 y ss.

33 Cons., especialmente, la excelente obra de James Bryce, *The American Commonwealth,* vol. I, parte II,. *The Sate Governments,* y Borgeaud, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

34 *The Federal and State Constitutions, colonial charters, and other organic laws of the United States. Compiled under an order of the United States Senate*

fácilmente mediante esos documentos, cuya importancia es tan grande.

La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *Bills of Right* o *Declarations of Rights*.[35] Todos los proyectos de Declaración francesa, desde los contenidos en las actas hasta los veintiún proyectos presentados en la Asamblea Nacional, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas. En punto a adiciones originales sólo contienen desarrollos de doctrina pertenecientes, más bien, al dominio de la metafísica política. Es superfluo detenerse en esto aquí, ya que sólo se trata de la influencia práctica de los principios jurídicos franceses. Atengámonos al resultado: La Declaración tal como fue adoptada, después de largos debates, en las sesiones desde el 20 hasta el 26 de agosto.[36]

by Ben. Perley Poore. Washington, 1877; 2 vols. con paginación continua. En cuanto a los documentos de la época colonial, sólo constan los más importantes. Cons. también Gourd, *Les Chartes Coloniales et les Constitutions des Etats-Unis de l'Amérique du Nord,* París, 1885, 2 vols.

35 No ha sido esto visto claramente ni aun por el mismo autor francés que mejor conoció la historia americana, La boulaye, como se advierte en su exposición de la *Histoire des Etats-Unis,* II, p. 11. En Inglaterra ha señalado el influjo de las declaraciones americanas sobre la francesa, D. C. Ritchie, *Natural Rights*, pp. 3 y ss.

36 Cons. *Archives Parlementaires,* VIII, pp. 461-489. Sobre la historia de la Declaración véase ahora también Emile Wach, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'Assemblée constituan Travaux préparatoires,* París, H. Jouve, 1903.

IV. La Declaración de Virginia y las de otros Estados norteamericanos

El 15 de mayo de 1776, el Congreso de Filadelfia, que representaba las colonias resueltas a separarse de la madre patria, las invitaba a darse una Constitución. De los trece Estados que en el origen formaban la Unión, once habían seguido la invitación antes de la Revolución francesa. Los otros dos conservaron las Cartas coloniales que la Corona inglesa les había otorgado, limitándose a darles el carácter de Constituciones; de este modo tuvo Connecticut la Carta de 1662, y Rhode Island la de 1663; de hecho éstas son las más antiguas Constituciones escritas, en el sentido moderno de la palabra.[37]

De los otros Estados, el de Virginia fue el primero que en la Convención reunida en Williamsburg desde el 6 de mayo hasta el 29 de junio de 1776 adoptó una Constitución, la cual llevaba, a manera de preámbulo, un solemne *Bill of Rights*,[38] acordado el 12 de junio por la Convención. Su autor fue Jorge Mason. Madison ejerció un considerable influjo en su redacción definitiva.[39] Esta Declaración de Virginia fue un verdadero modelo para todas las demás, hasta para la del Congreso de los Estados Unidos, que fue adoptada sólo tres semanas después, siendo de notar que la redactara Jefferson, ciudadano de Virginia. Pero en las otras Declaraciones hay muchas disposiciones diferentes de las de Virginia: muy a menudo se añaden en ellas disposiciones nuevas.[40]

37 Connecticut sustituyó su antigua Carta colonial por una nueva Constitución en 1881, y Rhode Island sólo en 1841.

38 Poore, II, *op. cit.,* del apéndice, pp. 1.908 y 1.909.

39 Sobre la formación del *Bill of Rights* de Virginia véase Bancroft, *History of the United States,* Londres, 1861, VII, cap. 64.

40 La Declaración de Virginia comprende 16 artículos; la de Massachusetts, 30

Antes de 1789, y después de la de Virginia, todavía se formularon Declaraciones expresas de Derechos en las Constituciones de:

— Pennsylvania de 28 de septiembre de 1776.
— Maryland de II de noviembre de 1776.
— Carolina del Norte de 18 de diciembre de 1776.
— Vermont de 8 de julio de 1777.[41]
— Massachusetts de 2 de marzo de 1780.
— Nuevo Hampshire de 31 de octubre de 1783, puesta en vigor el 2 de junio de 1784.

En las más antiguas Constituciones de Nueva Jersey, Carolina del Sur, Nueva York y Georgia, no hay *Bill of Rights* particulares; sin embargo, contienen varias disposiciones que se refieren a este género de conceptos.[42] La traducción francesa de las Constituciones americanas del año 1778 contiene en la de Delaware una *Déclaration expositive des Droits*[43] del II de septiembre de 1776, pero falta en la Colección de Poore.[44]

A continuación colocaremos las proposiciones particulares de la Declaración francesa, concordadas convenientemente con las correspondientes de las declaraciones americanas. De entre éstas he elegido en cada caso las que más se acercan, hasta en la forma,

y la de Maryland, 42. La Declaración de Virginia no contiene nada relativo al derecho de emigración, estatuído por primera vez por el artículo XV de la de Pennsylvania; tampoco dice nada del derecho de reunión ni del de petición, que aparecen también por primera vez en el *Bill of Rights* de Pennsylvania (artículo XVI).

41 Se disputó a Vermont la cualidad de Estado hasta 1790; hasta el 28 de febrero de 1791 no fue reconocido como miembro autónomo de los Estados Unidos.

42 Especialmente la libertad religiosa se reconoce de una manera particularmente enérgica por la Constitución de Nueva York de 20 de abril de 1777, artículo XXXVIII, Poore, *op. cit.*, II, p. 1.388.

43 V. pp. 151 y ss. Consta de 23 artículos.

44 El texto original de ella se publicó y analizó recientemente por Max Ferrand. V. *The Delaware Bill of Rights of 1776. American Historical Review*, III, 1895, pp. 648 y ss.

al texto francés. Debe notarse una vez más que las ideas fundamentales de las declaraciones americanas son, en la mayoría de los casos, absolutamente idénticas, y que, por lo tanto, se repite el mismo pensamiento bajo una forma distinta en la mayor parte de los *Bill of Rights*.

Prescindiremos del preámbulo que la Constituyente puso al frente de la Declaración, para empezar por la enumeración de los Derechos. Este mismo preámbulo en el cual la Asamblea Nacional, *en présence et sous les auspices de l'Être suprême*, proclama solemnemente el reconocimiento y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como su importancia, tuvo por modelo, en gran parte, la Declaración del Congreso, así como varias de los Estados particulares de la Unión, que querían motivar su rompimiento con la madre patria.

V. Comparación de las Declaraciones francesas y americanas

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

Art. I. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance a l'oppression.

Bills of rights americanos

*Virginia I.*That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or devest their posterity; namely the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

Massachusetts I. All men are born free and equal, and have certain natural, essential and alienable rights.[45]

Virginia IV. That no man, or set of men, are entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services.

45 Boutmy, libro *cit.*, p. 424, sostiene, refiriéndose a la Declaración de Virginia, que la igualdad está en ella rechazada, a diferencia de lo que pasa en la Declaración francesa, y que por esto el paralelo del texto ha tenido que aludir a Massachusetts. ¡Boutmy parece no conocer las declaraciones americanas sino por mis citas!

Massachusetts Preamble of the Constitution. The end of the institution, maintenance, and administration of government is to secure the existence of the bodypolitic, to protect it, and to furnish the individuals who compose it with the power of enjoying, in safety and tranquillity, their natural rights and the blessings of life.

Maryland IV. The doctrine of non-resistance, against arbitrary power, and oppression, is absurd, slavish and destructive of the good and happiness of mankind.

3. Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expréssement.

Virginia II. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all time amenable to them.

4. La liberté consiste a pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; aussi l'exercise des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Massachusetts Preamble. The bodypolitic is formed by a voluntary association of individuals; it is a social compact by wich the whole people covenants with each citizen and each citizen with the whole people that all shall be governed by certain laws for the common good.

Massachusetts X. Each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty, and property, according to standing laws.

5. La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles á la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Massachusetts XI. Every subject of the commonwealth ought to find a certain remedy, by having recourse to the laws, for all injuries and wrongs which he may receive in his person, property, or charakter.

North-Carolina XIII. That every freeman, restrained of his liberty, is entitled to a remedy, to inquire into the lawfulness thereof, and to remove the same, if unlawful; and that such remedy ought not to be denied or delayed.

Virginia VII. That all power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority without the consent of the representatives of the people, is injurious to their rights, and ought not to be exercised.[46]

46 V. *Bill of rights* inglés, I.

6. La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents.

Maryland V. That the right in the people to participate in the Legislature, is the best security of liberty, and the foundation of all free government.

Massachusetts IX. All elections ought to be free;[47] and all the inhabitants of this commonwealth, having such qualifications as they shall establish by their frame of government, have an equal right to elect officers, and to be elected, for public employments.

New-Hampshire XII. Nor are the inhabitants of this state controllable by any other laws than those to which they or their representative body have given their consent.

47 *Bill of rights*, 8.

7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes quelle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par sa résistance.

Massachusetts XII. No subject shall be held to answer for any crimes or no offence until the same is fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse, or furnish evidence against himself; and every subject shall have a right to produce all proofs that may be favorable to him; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, or his counsel at his election. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled or deprived of his property, immunities, or privileges, put our of the protection of the law, exiled or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers, or the law of the land.[48]

Virginia X. That general warrants, whereby an officer or messenger may be commanded to search suspected places without evidence of a fact committed, or to seize any person or persons not named, or whose offence is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppressive, and ought not to be granted.

48 Magna Charta, 39.

8. La loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.	*New-Hampshire XVIII*. All penalties ought to be proportionated to the nature of the offence.[49] *Maryland XIV*. That sanguinary laws ought to be avoided, as far as is consistent with the safety of the State: and no law, to inflict cruel and unusual pains and penalties, ought to be made in any case, or at any time hereafter.[50] *Maryland XV*. That retrospective laws, punishing facts committed before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive, unjust, and incompatible with liberty; wherefore no ex post facto law ought to be made.
9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'á ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.	V. antes *Massachusetts XII*. Además: *Massachusetts XIV*. Every subject has a right to be secure from all unreasonable searches and seizures of his person, his houses, his papers, and hall his possessions. *Massachusetts XXVI*. No magistrate or court of law shall demand excessive bail or sureties, impose excessive fines...[51]

49 Magna Charta, 20.
50 *Bill of rights* inglés, 10.
51 *Bill of rights* inglés, 10.

10. Nul doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

New-Hampshire V. Every individual has a natural and unalienable right to worship God according to the dictates of his own conscience, and reason; and no subject shall be hurt, molested or restrained in his person, liberty or estate for worshipping God, in the manner and season most agreeable to the dictates of his own conscience, or for his religious profession, sentiments or persuasion; provided he doth not disturb the public peace, or disturb others, in their religious worship.

11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut dont parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas determinés par la loi.

Virginia XII. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.

Pennsylvania XII. That the people have a right to freedom of speech, and of writing, and publishing their sentiments.

12. La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique. Cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

Pennsylvania V. The government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection and security of the people, nation or community; and not for the particular emolument or advantage of any single man, family, or sett of men, who are a part only of that community.

13. Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés.	*Massachusetts X*. Each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty, and property, according to standing laws. He is obliged, consequently, to contribute his share to the expense of this protection; to give his personal service, or an equivalent, when necessary.
14. Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux mêmes ou par leur représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la qualité, l'assiette, le recouvrement et la durée.	*Massachusetts XXIII*. No subsidy, charge, tax, impost, or duties, ought to be established, fixed, laid or levied, under any pretext whatsoever, without the consent of the people, or their representatives in the legislature.
15. La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.	V. antes *Virginia II*. Además: *Massachusetts V*. All power residing originally in the people, and being derived from them, the several magistrates and officers of government vested with authority, whether legislative, executive or judicial, are the substitutes and agents, and are at all times accountable to them.

16. Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

New-Hampshire III. When men enter into a state of society, they surrender up some of their natural rights to that society, in order to insure the protection of others; and without such an equivalent, the surrender is void.

Massachusetts XXX. In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to end it may be a government of laws, and not of men.

17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lors que la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Massachusetts X... but no part of the property of any individual can, with justice, be taken from him, or applied to public uses, without his own consent, or that of the representative body of the people... And whenever the public exigencies require that the property of any individual should be appropriated to public uses, he shall receive a reasonable compensation therefor.

Vermont II. That private property ought to be subservient to public uses, when necessity requires it; nevertheless, whenever any particular mans property is taken for the use of the public, the owner ought to receive an equivalent in money.

VI. Contraste entre las Declaraciones de derechos americanas y las inglesas

Comparando la Declaración americana con la francesa, se advierte desde luego que ambas enuncian, con el mismo pathos, principios abstractos y, por ende, de diferentes sentidos ambiguos. Los franceses no sólo han adoptado las ideas americanas, sino que aceptaron la forma bajo la cual fueron aquéllas expresadas al otro lado del océano. Ante la abundancia de expresiones de los americanos, hasta se distinguen los franceses por la concisión característica de su lengua. En punto a adiciones originales, la Declaración francesa contiene, principalmente en los artículos 4o. a 6o., la definición de la libertad[52] y de la ley, las cuales pueden parecer superfluas y sin gran valor, y además, en los artículos 4o., 6o. y 13 del texto francés, la igualdad ante la ley está acentuada de una manera enérgica, mientras en las americanas, a causa de sus condiciones sociales y de sus instituciones democráticas, aparece como cosa natural y que allí surge incidentalmente. En esta fórmula de los franceses se reflejan los influjos del *contrat social*; pero nada hay en ello de nuevo o desconocido para los americanos.

Pero en un punto esencial, la Declaración francesa se queda detrás de las americanas. Sólo de un modo tímido y disimulado se atreve el artículo I0 a tocar lo de la manifestación de las opiniones en materia religiosa: como la Constituyente quería contemporizar con los sentimientos de sus miembros eclesiásticos y de la gran masa del pueblo, no se aventura a proclamar la libertad religiosa, sino únicamente la tolerancia.

52 En definitiva se refiere a la antigua definición de Florentino. L. 4, pr. D., *statu homo,* 1,5, *Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi dut jure prohibetur.*

La Declaración francesa evidentemente no es una imitación servil de las americanas; al fin, las condiciones políticas de Francia en el año 1789 eran completamente distintas de las de América en 1776. Un pueblo que recibe del extranjero instituciones y leyes,[53] jamás lo hace sin transformar las concepciones extrañas en relación con el carácter nacional. El Parlamento francés actual es de origen inglés, y, sin embargo, es distinto de su modelo británico. Pero si es cierto que sin la Inglaterra parlamentaria no habría Francia parlamentaria, también lo es que los franceses, sin los *Bill of Rights*, jamás habrían proclamado una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En un punto, sin embargo, y en verdad de los más esenciales, coinciden por completo americanos y franceses: en la fijación de los límites precisos del poder del Estado. La significación jurídica de ambos documentos es absolutamente la misma. La limitación *legal* de aquellas esferas en que el Estado no debe penetrar, ha obtenido un valor universal y permanente. Hoy sabemos que los derechos de libertad no son de naturaleza positiva, sino negativa; que no se fundan en una pretensión respecto de la acción, sino en una abstención del Estado. En esto además, única y exclusivamente, estriba su significación práctica. Sin embargo, en cuanto a la determinación de los derechos especiales de libertad, los franceses dependen por completo de los americanos. Frente a las normas americanas, los franceses no han tenido ni una sola concepción original. No hay ningún derecho especial de libertad que los franceses hayan añadido a la enumeración americana. Por el contrario, faltan en la Declaración francesa la proclamación de derechos tan esenciales como los de Asociación y Reunión; la libertad de residencia además del Derecho de Petición, que sólo aparece en la Constitución del 3 de septiembre de 1791 entre los derechos naturales y civiles garantidos por la Constitución.

Los demás Derechos, los que se refieren a la organización del Estado, la participación en la formación de la voluntad de éste, la

53 Cons Aulard., *op. cit.*, pp. 44 y ss. Cuando Boutmy, p. 432, hace resaltar la elevada libertad filosófica del pensamiento francés del siglo XVIII en la Declaración francesa, en oposición a la limitación religiosa de los americanos, o no ve o no quiere ver estos miramientos que en ella hay respecto de la Iglesia católica.

igualdad para el desempeño de los cargos, la concesión de impuestos por el pueblo, el derecho de éste a exigir responsabilidades a todo magistrado, han recibido la misma expresión de parte de los americanos que de la del legislador francés. A quien lo dude le corresponde el deber de señalar qué nuevo principio de derecho ha visto la luz en el año 1789 sin que haya tenido ya en 1776, y años siguientes, un antecedente precursor.

Desde el punto de vista del historiador, no deja de tener interés el resultado logrado para el juicio de los efectos de la Declaración francesa. Los Estados americanos, con sus *Bills of Rights*, se han desenvuelto como comunidades organizadas; no habían tenido jamás que quejarse de las consecuencias revolucionarias a que podían llegar sus principios. Las perturbaciones que se produjeron en Francia después de la Declaración de los Derechos del Hombre no pueden atribuirse a las fórmulas de la misma. Antes bien, ello demuestra las perturbaciones que pueden resultar de la aceptación prematura de instituciones extranjeras. Los americanos, especialmente en 1776, han edificado sobre cimientos ya antiguos en ellos; y los franceses, por el contrario, han trastornado los fundamentos de su régimen político. Lo que allí era un momento en el proceso de consolidación, fue aquí un agente destructor. Y esto se reconoció ya por hombres clarividentes com Lalley Tollendal,[54] y sobre todo Mirabeau.[55]

Para el historiador del Derecho surge del estudio de los *Bills of Rights* americanos otro problema, a saber: ¿cómo llegaron los americanos a formular semejantes cláusulas legislativas?

Un examen superficial parece conducirnos a una respuesta fácil. Ya el mismo nombre indica la fuente inglesa. El *Bill of Right* de 1689, el *Habeas Corpus* de 1679, la *Petition of Right* de 1627, y, por fin, la *Magna Charta libertatum*, parecen ser los precursores indiscutibles del *Bill of Right* de Virginia.

Ciertamente, el recuerdo de estas célebres leyes inglesas, consideradas por los americanos como una parte de sus derechos propios, ejerció un influjo importante en las Declaraciones de Derechos desde 1776. Muchas proposiciones de la *Magna Charta* y del

54 *Arch. parl.* VIII, p. 222.
55 *Arch. parl.*, VIII, pp. 438 y 453.

Bill of Right ingleses se incorporaron directamente por los americanos a su Catálogo de Derechos.

Sin embargo, hay un abismo entre las declaraciones americanas y las citadas leyes inglesas. El historiador de la Revolución americana, al hablar de la Declaración de Virginia, dice que contiene una protesta contra toda tiranía a nombre de las leyes eternas de la humanidad: "La petición de Derechos inglesa del año 1688 era histórica y retrospectiva; la declaración de Virginia viene directamente del corazón de la naturaleza, y proclama los principios de gobierno para todos los pueblos de todos los tiempos futuros".[56]

Las leyes inglesas, las que estatuyen sobre los derechos de los súbditos, fueron adoptadas con ocasión de hechos precisos, y son la confirmación o la interpretación de un derecho anterior. La misma *Magna Charta* no contiene ningún derecho, como ya sir Edward Coke, el gran jurisconsulto del Derecho inglés, reconocía a principios del siglo XVII.[57] Las leyes inglesas están muy lejos de querer reconocer los derechos generales del hombre; no tienen ni la fueza ni la intención de limitar los factores legislativos, ni tampoco tratan de formular principios para una legislación del porvenir. Según el Derecho inglés, el Parlamento es omnipotente: todas las leyes por él aceptadas o elaboradas tienen igual valor.

Las Declaraciones americanas, por el contrario, contienen reglas que están por encima del legislador ordinario. Tanto en la Unión como en los Estados particulares hay órganos distintos para la legislación ordinaria y para la Constitución, y el juez vela por que el Poder legislativo ordinario no infrinja los límites de la Constitución: aquél debe negarse a aplicar una ley si la creyese contraria a los derechos fundamentales. Las Declaraciones de Derechos se consideran aun hoy por los americanos como la garantía práctica para las minorías.[58] Tal es lo que las distingue de los "Derechos

56 "The english petition of right in 1688 was historic and retrospective; the Virginia declaration came directly out of the heart of nature and annonnced governing principles for all peoples in all future times", Baneroft, VII, p. 243.

57 Véase Blackstone, *Commentaries of the Laws of England,* t. I, 1, p. 127; edic. Kerr, Londres, 1887, t. I, p. 115.

58 Véase además Cooley, *Constitutional Limitations,* 6a., ed., Boston, 1890, cap. VII. Aun cuando la disposición de los *Bills of Rights,* según la cual únicamente *by the law of the land* puede uno ser expropiado, no figure en la Constitución de

garantidos" en los Estados europeos. Las Declaraciones americanas no son sólo Leyes formales de naturaleza superior, sino que son también la obra de un legislador superior. En Europa conocen las Constituciones, es verdad, procedimientos enderazados a dificultar las reformas de las mismas; pero esto no obstante, casi siempre es el mismo legislador quien decide sobre los cambios que hayan de efectuarse. La intervención judicial no existe ni aun en la Confederación suiza, aunque allí, al igual que en los Estados Unidos, la Ley constitucional proceda de órganos distintos de los que elaboran las ordinarias.

Los *Bills of Rights* americanos no quieren sólo formular ciertos principios de organización política, sino que, ante todo, determinan las líneas de separación entre el Estado y el individuo. El individuo no debe, según ellos, al Estado, sino a su propia naturaleza de sujeto de derecho, los derechos que tiene inalienbales e inviolables. Nada de esto saben las leyes inglesas. No quieren éstas reconocer un derecho eterno, natural; sólo reconocen un derecho que viene de los antepasados: los "derechos antiguos, indiscutibles, del pueblo inglés".

En este punto es donde se manifiesta, con la mayor precisión, la concepción inglesa del derecho de los súbditos. Cuando se examina con cuidado el *Bill of Rights*, se advierte que en él se trata muy poco de los derechos individuales. Que no se suspenda la ley, que no se dispense de ella a nadie, ni se establezca ningún tribunal excepcional, ni se dicten penas crueles, que los jurados se nombren convenientemente, que no se cobre impuesto sin ley, que no se arme ejército permanente sin el consentimiento del Parlamento, que se garantice la libertad de las elecciones del mismo, que se convoque al Parlamento con regularidad: todas estas cosas no son derechos del individuo, sino deberes del Gobierno. De los trece puntos de que habla el *Bill of Rights*, sólo dos contienen disposiciones que están expresadas en forma de derechos de los súbditos,[59] en tanto que uno se refiere a la libertad de opiniones de los

un Estado, una ley que fuese contra esta regla sería nula, porque la competencia propia del Legislativo es esencialmente limitada, *op. cit.*, p. 208.

59 El derecho de dirigir peticiones al rey (n. 5) y el derecho de los súbditos protestantes de usar, según su rango, armas para su defensa (n. 7).

miembros del Parlamento. Si, a pesar de esto, todas las cláusulas del *Bill of Rights* se designan como Derechos y Libertades del pueblo inglés,[60] débese a la idea de que las restricciones impuestas por la ley a la Corona son, al propio tiempo, Derecho del pueblo.

Esta idea procede directamente de la concepción medioeval del Estado germano. Mientras que el Estado antiguo se nos aparece en el comienzo de su historia como πολισ ó *civitas*, como comunidad unitaria, el Estado monárquico germano entraña desde su origen una dualidad: el principe y el pueblo no forman una unidad interior, sino que se oponen como dos sujetos independientes. Según la concepción de aquélla época, el Estado es esencialmente una relación contractual entre ambos. Bajo el influjo de las tradiciones antiguas, la escuela jurídica canónico-romana trata, desde el siglo XI, de reducir a unidad en teoría los dos elementos, bien sea a partir del fundamento de la idea del contrato, haciendo al pueblo renunciar a su derecho en favor del príncipe, y colocando por tal modo al Estado en el gobierno, o bien sea viendo en el principe sólo al mandatario del pueblo, e identificando así este último con el Estado. Pero las teorías dominantes en el derecho político, especialmente desde que el Estado se forma por órdenes o Estados, estiman que media una relación esencialmente contractual entre el príncipe y el pueblo. El contenido de este contrato lo constituye la Ley. Ella dará al principe el derecho para exigir al pueblo la obediencia legal, y al pueblo el de imponer al príncipe los límites de la Ley. Por tal manera, el pueblo tiene el derecho a la ejecución y al respeto de las leyes por parte del príncipe. En su virtud, todas las leyes conferirán al pueblo un derecho subjetivo, designándose bajo la palabra pueblo, de una manera vaga, tanto los particulares como la comunidad —*singuli et universi*[61] Desde este punto de vista constituyen derecho del pueblo lo de que el Parlamento se reuna con frecuencia, que el juez no pueda imponer

60 "And they do claim, demand, and insist upon all and singular the premises, as their undoubted rights and liberties".

61 Las antiguas cartas de libertad inglesas asignan como sujeto de los "jura et libertates", ya sea a la "hommines in regno nostro", ya al *regnum* mismo. La *Petition of Right* habla de "rights und liberties" de los súbditos, pero designándolos también como "he laws and free customs of this realm".

ninguna pena cruel, y todos los demás preceptos contenidos en la más reciente de las Cartas de libertad inglesas.

La concepción de la ley como una norma bilateral de derecho para las dos partes del Estado, existe en la historia inglesa más antigua. El derecho que confiere la ley se transmite de generación en generación, y se convierte en un derecho hereditario que adquiere todo miembro del pueblo al nacer. Bajo Enrique VI se indicaba así la Ley: *La Ley est le plus haute inheritance que le roy ad: car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roy et nul inheritance sera*.[62] Y en la *Petition of Right*, el Parlamento invocaba el hecho de que los súbditos han heredado sus libertades,[63] pues según se expresa el *act of settlement*, la ley es un "birthright", un derecho originario, heredado por el pueblo de sus antepasados.[64]

Así encontramos que las leyes inglesas del siglo XVII sólo hablan de los antiguos "Derechos y Libertades"; el Parlamento únicamente pide la confirmación de las "laws and statutes of this realm", es decir, la confirmación de las relaciones entre el rey y el pueblo. No se trata, en modo alguno, de crear un nuevo derecho en estos Documentos. He ahí por qué no se mencionan los principales derechos fundamentales, como la libertad religiosa, el derecho de asociación, la libertad de la Prensa, la libertad de residencia; hasta en nuestros días los ignora el Derecho inglés, no estando tales ramas de la libertad individual protegidas más que por la regla universal de derecho, que prohibe restringir la libertad de la persona a no ser en virtud de disposición legislativa.[65] Según

62 *Year Books*, XIX, Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte*, p. 450.

63 "By wich the status before-mentioned, and other the good laws and statutes of this realm, your subjects have inherited this freedom", Gardiner, *The constitutionel documents of the Puritan revolution*, 1889, pp. 1 y 2.

64 "And whereas the laws of England are the birthright of the people thereof", *Act of Settlement*, IV, Stubbs Select chartes, 7a., edic., 1890, p. 351. "Birthright —right by birth, the rights, privileges or possessions to wich one is entitled by birth: inheritance, patrimony (Specifically used of the special right of the first born)". Murray, *A new English dictionary on historical principles*. Sobre *birthrights*, consúltese también Firth, prólogo a los *Clarke Papers*, I, 1891, pp. LX y LXI.

65 Cons. las instructivas explicaciones de Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, 3a. edic., 1889, pp. 171 y ss.

la concepción actual inglesa, el derecho de libertad consistirá en el imperio de la ley; es un derecho objetivo, no subjetivo.[66] La teoría fundada en Alemania por Gerbar y seguida por Laband y otros, y que sostiene que los derechos de libertad no son más que deberes del Gobierno, se ha desenvuelto en Inglaterra con entera independencia de la doctrina alemana, después que la construcción del derecho natural de Locke y Blackstone, sobre los derechos subjetivos y públicos, había perdido su influjo.

Esta misma construcción se encuentra hasta en Locke íntimamente unida a las antiguas ideas. Si bien Locke sostiene que la propiedad, que comprende la vida y la libertad, es un derecho originario del individuo, un derecho anterior al Estado, y que el Estado es una asociación fundada para la protección de ese derecho, habiendo este por ello adquirido el carácter de un derecho civil, sin embargo, debe notarse que no atribuye a los hombres que viven en el Estado derechos fundamentales estrictamente determinados, sino que señala al Poder legislativo límites que nacen del fin mismo del Estado.[67] Estos límites, vistos más de cerca, no son otra cosa que las proposiciones más esenciales del *Bill of Rights*, anterior en un año a la aparición de los *Two treatises on government.*[68]

Solo Blackstone, fundándose en la doctrina de Locke y del *Bill of Rights*, expone su teoría de los derechos absolutos de la persona según las ideas del derecho subjetivo del individuo, haciéndolo primeramente en una obra anónima[69] que contiene los fundamentos de sus célebres comentarios-1765. La Seguridad, la Libertad y la Propiedad son derechos absolutos de todo inglés; pero no serán en el fondo otra cosa que lo que permite la libertad natural, prescindiendo de las restricciones que la ley pueda imponer al individuo,

66 Dicey, *op. cit.*, pp. 184 y ss., 193 y ss., 223 y ss, etcétera. Dicey trata de la doctrina de los derechos de libertad en la Sección "the rule of law". La libertad individual es en Inglaterra como la consecuencia de la regla según la cual sólo las leyes pueden poner limitaciones al individuo.

67 Esta materia se trata en el capítulo titulado *Of the Extent of the Legislative Power. On Civil Government*, XI.

68 Véase *On civil Government*, t. XI, § 5.142.

69 *An Analys of the Laws of England*, Oxford, 1754, 2a. ed., 1757; cons. cap. IV, p. 78.

a nombre del interés común.[70] La ley se ofrece como una garantía de esos derechos; la organización parlamentaria, la limitación de la prerrogativa real, el derecho a la protección judicial, el derecho de petición y el derecho de usar armas, se consideran, al modo del *Bill of Rights*, como derechos de los ingleses, y sobre todo, como derechos auxiliares y subordinados destinados a garantir cada uno de los tres derechos principales.[71] A pesar de sus concepciones de derecho natural, Blackstone no reconocía más que a los súbditos ingleses el goce y ejercicio de esos derechos.[72]

Las declaraciones americanas de Derechos, por el contrario, comienzan por consignar que todos los hombres nacen absolutamente libres, y que "every individual", "all mankind" o "every member of society" tienen derechos. Enumeran una porción mucho mayor de derechos que las Declaraciones inglesas, y los consideran como derechos innatos e inalienables. ¿De dónde viene esta manera de ver de las leyes americanas?

No proviene del derecho inglés. Parece que debería buscarse el origen en las concepciones del derecho natural de la época. Pero podrían encontrarse doctrinas del derecho natural ya en tiempo de los helenos, no obstante lo cual ninguna de estas teorías llegó a producir las fórmulas de los derechos fundamentales. Las teorías del derecho natural no han vacilado para consignar la antinomia entre el derecho natural y el positivo, no habiéndose esforzado, ni pretendido siquiera elaborar el derecho natural en el positivo. Hay incluído en el Digesto un pasaje en que Ulpiano proclama la igualdad de los hombres por derecho natural, pero declara que la esclavitud es una institución de derecho civil.[73] Esta y análogas doctrinas han suavizado el derecho de los esclavos,[74] pero los romanos permanecen muy distantes de una supresión de la esclavitud, a pesar de todas las exigencias teóricas contrarias. Aun en el curso

70 Political liberty is no other than natural liberty so far restrained by haman laws (and no farther) as is necesary and expedient for the general advantage of the public. *Commentaries*, p. 123 (113).

71 *Op. cit.*, pp. 141 y ss. (127 y ss.).

72 *Op. cit.*, pp. 122 (114), 144 (130).

73 L. 32 de R. J. Cons. L. 1. D. de just. et jure, 1.1. Florentino, L. 4. § 1. D. de statu hom, 1.4, considera que la esclavitud es "contra naturam".

74 Véase Overbeck, *Studien zur Geschichte der alten Kirche*, pp. 169 y ss.

del siglo XVIII muchos escritores concilian la libertad natural del hombre con la servidumbre jurídica. El propio Locke, para quien la libertad constituye la esencia misma del hombre, en su Constitución para Carolina del Norte, en cuya composición no tuvo positivamente completa libertad,[75] sancionaba la esclavitud y la servidumbre.

La literatura no produce nunca por sí efectos positivos, si no resulta favorecida por las condiciones históricas y las relaciones sociales. Cuando se indica el origen literario de una idea, no se ha mostrado sin más, en manera alguna, la historia de su significación práctica. La historia de la Política es hoy todavía demasiado mera historia de la literatura, y en cambio, muy poco la historia de las instituciones mismas. El número de ideas políticas nuevas es muy escaso; la mayoría de ellas parecen haber sido conocidas ya por las más antiguas doctrinas del Estado. Y, sin embargo, las Instituciones están en perpetua transformación, debiendo ser comprendidas en su evolución histórica particular.

75 Fechtner, *John Locke*, 1898, p. 54.

VII. La libertad religiosa en las colonias angloamericanas como origen de la idea de la consagración legislativa de un derecho universal del hombre

La idea democrática, base de la constitución de la Iglesia reformada, se desenvolvió a fines del siglo XVI en Inglaterra, y esto en primer lugar por obra de Roberto Brown y sus adeptos. Para éstos, la Iglesia debía identificarse con la Comunidad en una comunidad de creyentes que, mediante un pacto con Dios, se han sometido a Cristo; y además reconocían como norma directora la Voluntad de la asociación, es decir, la de la mayoría.[76] Perseguido en Inglaterra, refugióse en Holanda el Brownismo, donde, bajo el influjo especialmente de John Robinson, se transformó en el Congregacionismo, que no es sino la forma primitiva del Independientismo. Los principios del Congregacionismo son, ante todo, la separación de la Iglesia y del Estado, y luego la autonomía, para cada comunidad, según expresaba una Petición a Jacobo I en 1616, con el derecho de gobernarse y administrarse en los asuntos espirituales, mediante el consentimiento libre y común del pueblo, y bajo la autoridad inmediata de Cristo.[77]

Este Individualismo soberano en materia religiosa, tuvo consecuencias prácticas extraordinarias. Según sus principios, resultó asentada plenamente la libertad de conciencia, y además, la reclamación de esta libertad como un derecho que, no habiendo sido otorgado por ningún Poder terrenal, no debe ser constreñido por ningún Poder terrenal.

76 Weingarten, *Die Revolutionskirchen Englands,* p. 21.

77 "—of spiritual administration and government in itself and over itself by the common and free consent of the people, independently and immediately under Christ"; Weingarten, *op. cit.,* p. 25.

El Independientismo no se confinó al mero terreno espiritual por una necesidad lógica; sus doctrinas fundamentales se transportaron al campo político. Consideraba al Estado, y a toda asociación política, al igual que la Iglesia, como el resultado de un contrato entre sus miembros, originariamente soberanos.[78] Este contrato tendría, ciertamente, por fuente un mandato divino; pero eso no obsta para que al fin constituyera el fundamento jurídico de la comunidad política. Se habría celebrado en virtud de un derecho originario del individuo, y tendría por objeto, no sólo garantir la seguridad y el bienestar, sino, y sobre todo, garantir y consagrar el derecho inalienable e innato de la conciencia. Y es todo el Pueblo, hombre por hombre, quien habrá pactado este contrato, porque sólo así será como cada cual puede respetar la autoridad y la ley que por sí mismo ha creado.

Las primeras huellas de estas ideas político-religioss se remontan muy lejos; no se ofrecen primeramente en la Reforma, son anteriores. Lo enteramente nuevo, y único, es la práctica efectuada sobre la base de esas ideas. Es la primera vez, en la historia, que semejantes contratos sociales, no sólo se han proclamado, como fundamento del Estado, sino celebrado realmente. Lo que hasta entonces durmiera en los polvorientos escritos de los sabios, se convirtió en un poderoso movimiento que dió nueva dirección a la vida. Los hombres de aquella época creían que el Estado descansa en el contrato, y aplicaron su creencia en la práctica. La nueva doctrina del Estado sólo ha tenido un conocimiento imper-

78 El hecho de que la doctrina del Independientismo puritano sobre el contrato político se relaciona con la idea puritana de los *covenants* eclesiásticos fue señalado por Borgeaud, *op. cit.*, p. 9. Hablando Weingarte, p. 288, de los Independientes, advierte que: "El derecho de toda comunidad religiosa para decidir, con propia autoridad, sobre sus asuntos y para gobernarse libremente, constituye la base de de la doctrina de la soberanía del pueblo, que por tal modo se introdujo en la conciencia del mundo moderno". Véase sobre esto Gardiner, *Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, Oxford, 1889, pp. 54 y ss.; Walker, *A History of the Congregational Churches in the United States*, New York, 1894, pp. 25-66 y ss.; además la excelente obra de Ricker, *Grundsätze reformierter Kirchenverfassung*, 1899, pp. 73 y ss. Sobre la relación de la idea de la separación del Estado y de la Iglesia con las doctrinas de la reforma en Inglaterra, véase también E. Tröltsch, *Realencyklopädie für prot. Theologie und Kirche*, 3a. ed.; Moralisten, pp. 445 y ss.

fecto de esos hechos, que cita, a menudo, como un ejemplo del fundamento posible del Estado mediante un contrato, sin sospechar que estos contratos eran sólo la realización práctica de una teoría abstracta.

También el derecho originario del individuo se acentuó por primera vez, de una manera clara y enérgica, en esta época, sobre la base de las doctrinas religiosas. La propiedad y la libertad pertenecen naturalmente a todos los hijos de Adán. Los "natural rights" se indican en los Estados independientistas con expresiones como estas: "Todos estamos dotados de libertad y propiedad naturales e innatas"; así dice una proposición del "Sectario".[79]

El 28 de Octubre de 1647 fue sometido al consejo general del ejército de Cromwell el *agreement of the people*, un proyecto de una nueva Constitución para Inglaterra elaborada por los Levellers,[80] el cual fue más tarde ampliado y modificado[81] y presentado al Parlamento con el ruego de someterlo a suscripción de todo el pueblo inglés.[82] En este notable documento se limitaba el poder del Parlamento, como más tarde han hecho los americanos, señalando una serie de puntos respecto de los cuales no podría ejercerse el Poder legislativo. Figuran en primer término las materias religiosas, que deben depender exclusivamente de la conciencia.[83] Co-

79 "—for by naturall birth all men are equally and alike born to like propriety, liberty, and freedom: and as we are delivered of God by the hand of nature into this world 'every one witth a naturall innate freedom, and propriety, even so are we to live, every one equally and alike, to enjoy his birthright and propriety' ". *The Clarke Papers*, ed. by C. H. Firth I, I, Preface, p. LXII (del Informe de Thomas Edwards en su *Gangraena*).

80 Reimpreso por primera vez por Gardiner, *History of the great civil war*, III, Londres, 1891, pp. 607-609. En parte se encuentra el *agreement*, en su forma primitiva, en Foster, *Commentaries on the Constitution of the United States*, I, 1896, pp. 49 y ss. Sobre el origen de este importante e interesante documento véanse *The Clarke Papers*, I; además, Gardiner, *History*, III, pp. 219 y ss.; Bernstein, *Geschichte des Socialismus in Einzeldarstellungen*, 1-2, pp. 60 y ss., 533 y ss.; Forster, *loc. cit.*, p. 46; W. Rothschild, *Der Gedanke der geschriebenen Verfassung in des engl. Revolution*, 1903, pp. 92 y ss.

81 El texto definitivo en Gardiner, *Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, Oxford, 1889, pp. 270 y 282.

82 Gardiner, *History*, III, p. 568.

83 "That matters of religion and the ways of Gods worship are not at all entrusted by us to any human power". Gardiner, *History*, p. 68.

rresponden a los derechos innatos, a los *natives rights*, que el pueblo está decidido a defender con todas sus fuerzas contra cualquier atentado.[84]

Tal fue la primera y última vez que en Inglaterra se había de afirmar, en un proyecto de ley, un derecho innato de libertad religiosa. Esta libertad es hoy en Inglaterra reconocida de hecho, pero sin que resulte expresamente formulada como principio en parte alguna.[85]

Siguen otros desenvolvimientos las relaciones religiosas en las colonias inglesas norteamericanas.

Conocido es el pacto que los padres peregrinos congregacionistas, perseguidos y desterrados, celebraron el II de noviembre de 1620, antes de fundar a Nueva Plymouth, a bordo de la nave *Flor de Mayo*. Cuarenta y una personas suscribieron entonces un Acta, en la cual declaraban, para gloria de Dios y para la extensión de la fe cristiana, y en honor del Rey y de la Patria, fundar una Colonia. Prometían allí asociarse en un cuerpo político y civil establecer leyes, nombrar autoridades y someterse a sus determinaciones, todo con el objeto de mantener el orden y alcanzar el fin perseguido.[86]

Inaugúrase así la serie de los "Pactos de establecimiento" que los colonos ingleses estimaban necesario acordar, al fundar una colonia, de conformidad con sus principios eclesiásticos y políticos. No debemos considerarlos aquí sino en sus relaciones con la libertad religiosa.

El año 1629 fundaron los puritanos Salem la segunda colonia de Massachussets. Olvidando las persecuciones que ellos mismos sufrieran en la madre patria, se manifestaron intolerantes respecto de cuantos profesaban principios religiosos distintos de los suyos. En 1631 desembarcó en Massachussets un joven independiente, Roger Williams, a quien la Comunidad de Salem eligió muy pronto

84 Véase el texto en Gardiner, *History*, p. 609.

85 Véase Dicey, *op. cit.*, pp. 229 y 230, donde se mencionan varias leyes limitando la libertad de manifestaciones religiosas, y que han caído en desuso, sin haber sido expresamente derogadas.

86 El texto completo véase en Poore, I, p. 931. Resulta del documento que los colonos no querían fundar un Estado independiente, pues se designan a sí propios como "subjects of our dread Sovereing Lord King James".

su pastor. Este predicó la separación de la Iglesia y del Estado, y reclamó además una absoluta libertad religiosa, no sólo para todos los cristianos, sino también para los judíos, turcos y paganos, los cuales debían tener en el Estado iguales derechos civiles y políticos que los creyentes. La conciencia del hombre pertenece a él mismo, no al Estado.[87] Proscrito y perseguido, abandonó Williams Salem y fundó con algunos fieles, en 1636, en los territorios de los indios de Narraganset, la ciudad de Providence, en la cual todos los que sufrieran persecución por sus creencias religiosas encontrarían refugio. En su pacto fundamental, los secesionistas prometían obedecer a las leyes dictadas por la mayoría, pero "only in civil things", la religión no es materia sometida a la legislación.[88] Así se reconoció, por primera vez, la plena libertad en asuntos religiosos, y eso por un hombre que era un creyente lleno de ardor.

En 1638, diez y nueve colonos de Providence fundaron Aquedneck, la segunda colonia en el Rhode Island de hoy, celebrando también un pacto muy notable, desde el punto de vista de su forma.[89]

La idea de la necesidad de un Contrato social al fundar una nueva Colonia, dominaba el pensamiento aun de aquellos que estaban lejos de reconocer la libertad de conciencia, tan ampliamente como Roger Williams. Los puritanos que emigraron de Massachussets para fundar en 1638 Connecticut, declaraban con las *fundamental orders* que se asociaban según la palabra de Dios en un cuerpo político, a fin de conservar la libertad del Evangelio, así

87 Sobre Williams véase Weingarten, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; Bancroft, I, pp. 276 y ss.; Masson, *The Life of John Milton*, p. 560. Posteriormente véase Gooch, *English Democratic Ideas in the Seventeenth Century*, Cambridge, 1898, pp. 83 y ss.; Merriam, *A History of American Political Theories*, Nueva York, 1903, pp. 7 y ss. En estas dos obras se examina la famosa controversia entre Williams y John Cotton sobre la teocracia. El rasgo característico del Independientismo relativo a la libertad religiosa plena y completa se trata por Weingarten, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

88 Samuel Greene Arnold, *History of the State of Rhode Island*, Nueva York, 1859, t. I, p. 103.

89 "We whose names are underwritten do here solemnly, in the presence of Jehovah, incorporate ourselves into a Bodie Politick, and as he shall help, will submit our persons, lives and estates unto our Lord Jesus Christ, the King of Kings and Lord of Lords, and to all those perfect and absolute laws of his given us in his holy word of truth, to be guided and judged hereby— Exod. XXIV, 3, 4; 2 Chron. XI, 3, 2 Kings XI, 17", Arnold, p. 124.

como su disciplina eclesiástica, y gobernarse conforme a las leyes, en los asuntos civiles.[90] Aquellos puritanos, que sostenían opiniones en las relaciones eclesiásticas en desacuerdo con las de la madre patria, no obstante su escasa tendencia hacia la tolerancia, partían del principio según el cual el Estado debe realizar en primer término la libertad religiosa, aunque, dada su idea, semejante libertad se confundiera con el libre ejercicio de su religión.

La concepción en virtud de la cual el Estado y el Gobierno descansan en un contrato, que tuvo tanta importancia en el desenvolvimiento del pensamiento americano de la libertad individual, se afirma más aún en el Nuevo Mundo por la fuerza de los acontecimientos históricos. Un puñado de hombres acuden allí para fundar nuevas colonias, se dispersan por la inmensa tierra, y comienzan su obra civilizadora en la sociedad de los bosques vírgenes.[91] Esos hombres creían vivir fuera del Estado en el estado de naturaleza, y cuando dejaron este estado, imaginaron hacerlo libremente, sin estar constreñidos por ninguna potencia terrenal. Su pequeño número les consentía, al principio, prescindir de una representación, y trataban de sus negocios comunes juntos en las *towm meetings*, a las cuales podían concurrir todos los que pertenecían a la Comunidad; la forma de la Democracia directa surgía, en tales circunstancias, de un modo natural, contribuyendo los hechos mismos a reafirmar la concepción, tan contraria a las antiguas nociones inglesas, de la soberanía del pueblo, como base de la Legislación y del Gobierno. Las ideas políticas en que más tarde se inspiraron los hombres de 1776, surgían en una generación que tenía tales bases políticas, evidentes por sí mismas: ellas son “self-evident”, como decía la Declaración de Independencia.

El derecho innato de libertad religiosa, por el cual luchara tan enérgicamente Roger Williams, encuentra en el curso del siglo XVII su confirmación jurídica oficial, primeramente en el Código de Rhode Island de 1647, y luego en la Carta que Carlos II otorgaba en 1663 a las colonias de Rhode Island y a las Plantaciones

90 *Fundamental orders of Connecticut,* en Poore, I, p. 249.

91 El número de los inmigrantes en Nueva Inglaterra era hacia 1640 de 22,000 a lo sumo: de ellos llegaron a New Plymouth 3,000; a Connecticut, menos de 2.000. Véase Masson, *op. cit.,* pp. 548-550.

de Providence.[92] A requerimiento de los Colonos se les concedió, en un acto memorable, que en adelante nadie sería molestado, condenado ni procesado a causa de sus opiniones religiosas, y que toda persona debía gozar, en todo momenmto, la libertad de conciencia más absoluta, a condición, por lo demás, de observar una conducta pacífica y quieta, de no convertir esa libertad en licencia o en profanación, ni causar daños o perturbaciones exteriores a otros.[93] De este modo, pues, se otorgaba a una Colonia lo que con tanto encarnizamiento se negaba a la madre patria. En Europa no se encuentran principios análogos antes de las Máximas de Federico de Prusia. El principio de la libertad religiosas se reconoció también, con más o menos amplitud, en otras colonias. La católica Maryland concedia en 1649 a todos los creyentes en Jesucristo la libertad de practicar su religión.[94] La Constitución elaborada por Locke, por encargo de Shaflesbury y de otros para Carolina del Norte y puesta en vigor en 1669, tan poco en armonía con los Principios de los *Two treatises on government*, no se fundaba sobre el principio de la igualdad completa para todos, sino sobre el de la tolerancia para los disidentes, y también para los judíos y pa-

92 La gran distancia entre esta colonia y la madre patria hacía que pareciesen poco religiosas esas concesiones de libertades, en contradicción con las condiciones de Inglaterra entonces. Además, Carlos II, en su aversión a los puritanos, trataba de favorecer a las colonias que se habían separado del Massachussets.

93 "—our royall will and pleasure is, that noe person within the sayd colonye, at any time hereafter, shall be any wise molested, punished, disquieted, or called in question, for any differences in opinione in matters of religion, and doe not actually disturb the civill peace of our says colony; but that all and everye person and persons may, from tyme to tyme, and at all tymes hereafter, feelye and fullye have and enjoye his and their owne judgments and consciences, in matters of religious concernments, throughout the tract of lande hereafter mentioned; they behaving themselves peaceablie and quietlie, and not useing this libertie to licentiousnesse and profanenesse, nor to the civill injurye or outward disturbeance of others; any law, statute or clause, therein contayned or to bee contayned, usage or custome of this realme, to the contraty hereof, in any wise, notwithstanding", Poore, II, pp. 1.596 y ss.

94 Bancroft, I, p. 193. E. Lloyd Harris, *Church and State in the Maryland Colony*, Disertación inaugural. Heidelberg, 1894, pp. 26 y ss.

ganos.[95] Todo grupo de siete personas de cualquier religión que fuera, podía fundar una Iglesia o Comunidad religiosa.[96] Se prohibía toda coacción en asuntos religiosos; esto no obstante, todo habitante debe declarar, a los diez y siete años, a qué Comunidad pertenece e inscribirse en una Iglesia, sin cuya condición no se afirma la protección de la ley.[97] Todo atentado contra una Sociedad religiosa se reprime severamente.[98] No se manifiestan aquí ninguno de los principios de la libertad política que Locke acariciaba, sino que se trata tan sólo del establecimiento de una libertad religiosa plena. En el Tratado *On civil government* no se discute la libertad de conciencia que tan enérgicamente defendiera, por lo demás, Locke en otra de sus obras, especialmente su célebre trabajo sobre la Tolerancia, no obstante lo cual ocupa el primer lugar en sus concepciones prácticas, como lo demuestra la Constitución de Carolina del Norte. Para él la libertad de conciencia es un derecho superior a todos los demás, primordial y sagrado. El filósofo, que sostenía que la libertad es un don natural inalienable de los hombres, no experimentaba escrúpulos al consagrar la esclavitud y la servidumbre, a la vez que establecía la tolerancia religiosa, de una manera muy enérgica, en aquel nuevo Estado feudal que organizaba.

De las otras colonias se proclamó una gran tolerancia en New Jersey en 1664 y en New York en 1665.[99] En Nueva York, que antes ya, bajo la dominación holandesa, profesaba principios de libertad en asuntos de religión, se proclamó en 1683 que todo hombre creyente en Jesucristo no debía ser molestado en razón de cualquier divergencia dogmática. En el mismo año, Guillermo Penn, al dar una Constitución de base democrática a la Colonia, que le concediera la corona en propiedad y que llevaba el nombre de su padre, como Colonia de Pennsylvania, proclamaba que todo el que

95 La Carta de Carolina del Norte de 1665 prescribía ya la tolerancia, Poor, II, p. 1.397. El mismo Locke quería otorgar la plena libertad en materia religiosa. Cons. Laboulaye, I, p. 397.

96 Artículo 97, Poore, II, pp. 1.406 y 1.407.

97 Artículo 101, Poore, II, p. 1.409.

98 Artículo 102, 106 *idem.*

99 Ellis Stevens, *Sources of the Constitution of the United States,* Nueva York, 1894, p. 217.

creyese en Dios no podía ser cohibido en manera alguna a cumplir una obligación religiosa, no pudiendo ser molestado de ningún modo.[100] Y en la Constitución que Penn daba más tarde (1701), y que estuvo vigente hasta 1776, hacía resaltar, en primer término, que un pueblo, aun cuando goce de las más amplias libertades, no será verdaderamente feliz si no se le reconoce la libertad de conciencia,[101] prometiendo solemnemente por sí y por sus herederos al final, que la libertad de conciencia sería eternamente respetada, y que los artículos a ella relativos no serían violados ni modificados, en ningún punto.[102] Se concedía a la ley fundamental la fuerza de una *lex in perpetuum valitura*.

En una Carta de 1692 otorgada por Guillermo III a Massachussets, se garantizaba, como hacía el Acta de Tolerancia inglesa de 1688, la plena libertad de conciencia a todos los cristianos, salvo a los católicos,[103] y Jorge II otorgaba en 1732 una ley análoga a Jeorgia.[104]

Así pues, el principio de la libertad religiosa alcanzó en América una consagración jurídico-constitucional, según límites más o menos amplios. Ese principio, que está íntimamente ligado al gran movimiento político-religioso de donde ha surgido la democracia americana, proviene de la convicción, según la cual, hay un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano, en lo de tener libertad de conciencia y libertad de pensamiento en materia religiosa, siendo tales libertades un derecho superior al Estado, que éste no puede violar. Este derecho, tanto tiempo desconocido, no no es una "inheritance" ni una parte del patrimonio de nuestros mayores, como los derechos y libertades de la *Magna Charta* y de las otras leyes inglesas: no es el Estado, sino el Evangelio, quien lo proclama.

100 Laws agreed upon in England, artículo XXXV, Poore, II, p. 1.526.

101 Charter of privileges for Pennsylvania, artículo I, en Poore, p. 1.537; Gourd, *op. cit.*, I, p. 305. Para obtener un cargo público no era necesario pertenecer a una religión dada, sino hacer profesión de fe en Jesucristo como Salvador del mundo.

102 Artículo VIII, sec. 3.

103 Poore, I, p. 950; véase sobre esto Lauer, *Church and State in New England*, en los *John Hopkins University Studies*, 10a. serie, II-III, Baltimore, 1892, pp. 35 y ss.

104 Poore, I, 375.

Lo que en Europa, en aquella época, y más tarde aún, no tenía una expresión oficial más que en algunos textos de poca importancia,[105] no manifestándose sino en la gran corriente intelectual que comenzara en el siglo XVII con Moro y Bodin, para alcanzar su apogeo en el período filosófico de la época siguiente, era ya a mediados del siglo XVII un principio político reconocido en Rhode Island y las demás colonias. El derecho de libertad de conciencia se proclamaba allí, naciendo así la idea de un derecho del hombre. En el año 1776, en casi todas las *Bills of Rights* se hablaba de una manera un tanto enfática, y en primer lugar, de ese derecho natural e innato.[106]

El carácter de este derecho está indicado en el "Bill of Rights" de New-Hampshire, de un modo singular, cuando declara que al-

105 En Inglaterra fue el Acta de Tolerancia de Will and Mary, c. 18, quien la prescribía para los disidentes, habiendo sido esa libertad restringida bajo la reina Ana y restablecida bajo Jorge I. Desde Jorge II los disidentes son admitidos a los cargos públicos. Las restricciones a católicos y judíos no fueron abolidas, como es sabido, hasta el siglo XIX. En Alemania, después de las concesiones incompletas de la paz de Osnabruck, se produjo una situación análoga a la de América, en otro tiempo, merced al Edicto de tolerancia de José II, al de Federico Guillermo II de 9 de julio de 1788, que codificaba las máximas de Federico, y sobre todo al *Allg. Laudrecht* (Segunda parte, título II §§ 1o. y ss.) prusiano. Código general prusiano.

106 Sin embargo, la práctica efectiva de este derecho en la legislación positiva, desde el punto de vista de la igualdad absoluta política entre los partidos de las diversas confesiones, ha varíado según los Estados: New York y después Rhode Island fue el primero en llevar a cabo la separación de la Iglesia y el Estado. Siguió Virginia en 1785. En otros Estados, durante algún tiempo, se exigía profesar la religión protestante, o cuando menos ser cristiano, para desempeñar un cargo público. En nuestros días aun, en ciertos Estados se pide la creencia en Dios, en la inmortalidad del alma y en la recompensa en otro mundo. Massachussets establecía en su "*bill of rights*", no sólo el derecho, sino también el deber de practicar el culto divino, y hasta 1799 el descuido en la asistencia a la iglesia se castigaba. Esas restricciones y otras más desaparecieron durante el siglo XIX, salvo algunas raras excepciones. En cuanto a la Unión, el artículo VI de la Constitución precisa que el ejercicio de los derechos políticos no dependerá de ninguna exigencia religiosa, así como el célebre artículo primero de la Enmienda prohíbe otorgar privilegios o negar la igualdad de condiciones a ninguna religión. Sobre el estado de esta cuestión en los diversos Estados, véanse la exposición de Cooley, cap. XIII, pp. 541-586, y además Rüttimann, *Kirche und Saat in Nordamerika*, 1871.

gunos derechos naturales son inalienables porque nadie puede cambiarlos por nada equivalente. Tales son los derechos de conciencia.[107]

La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aun hoy recuerdan con veneración
.

107 Among the natural rights, some are in their very nature unalienable, because no equivalent can be given or received for them. Of this kind are the Rights of Conscience, artículo IV, Poore, II, 1280.

VIII. La doctrina del derecho natural no ha creado por sí sola el sistema de los derechos del hombre y del ciudadano

Conviene considerar ahora el influjo que las doctrinas del Derecho natural han tenido sobre la idea de la Declaración de Derechos por el legislador.

El derecho natural, que desde el siglo XVII se desenvuelve como una fuerza científica deriva en todos sus sistemas del Estado de tan diversa formación, de los actos voluntarios de los individuos, que antes que aquél aparecen como seres libres, manteniéndose como iguales en medio de toda desigualdad natural en el acto de la fundación de los Estados. Libertad e igualdad, son pues, cualidades originarias, innatas, de los hombres. Estas cualidades se conciben también como derechos, y así nace la doctrina de los derechos innatos de igualdad y libertad. Según la tendencia política de los autores, estos derechos se resuelven en el Estado o quedan como un límite del poder de éste. A su vez, este límite, o es concebido incompletamente como en Puffendorf, o se opone al poder del Estado como infranqueable. En los últimos sistemas, esos derechos innatos son únicamente limitados hasta donde el fin del Estado lo exige, fin que precisamente consiste en la protección de las esferas de sus derechos innatos que se reservan al hombre.

La vida, la libertad, la propiedad, son las tres direcciones según las cuales se despliega el derecho innato humano de los individuos, originariamente iguales en la teoría de Locke, y las que, de tan extraordinaria importancia han sido, en las concepciones teóricas de ingleses y americanos.[108] Para protegerlas es para lo que el Estado se funda, y así, la seguridad constituye la exigencia natural

108 Que los independientes en esto le han precedido, se ha indicado antes.

de los ciudadanos respecto de aquél. Estos derechos, que de ese modo nacen, ni están todavía, según se ha dicho, claramente expresados, ni se halla en el siglo XVII lista alguna de derechos especiales, que son los que han dado una importancia práctica a la idea de los derechos generales del hombre.

No obstante, comienza por entonces ya, en la teoría, esta especialización de los derechos, en relación con las violentas luchas de la época. En el fondo, están los intereses religiosos y la resistencia contra la grave opresión de conciencia que los poderes políticos ejercen. Por esto surge como primer derecho individualizado de libertad, en las doctrinas de filósofos y juristas, el de la libertad de pensamiento, de creencia y de conciencia. No mucho después que la Carta de Rhode Island hubiera proclamado la libertad de la creencia afirmaba Spinosa la libertad de pensamiento y de fe interior, como un derecho inalienable del hombre.[109]

Pero tuvo mucho más importancia el que, en la escuela de las teorías independientistas, Locke, que tan alta posición había alcanzado, estableciese la libertad religiosa como el primer derecho natural inalienable.[110] Con él recibe, de esta suerte, forma filosófica lo que era ya un resultado de las ideas y teorías religiosas.

También en el siglo XVIII ofrece la teoría del derecho natural al principio únicamente los derechos mencionados. Pero Chr. Wolff expone toda una lista de derechos innatos.[111] Sin embargo, como se refieren a los ya conocidos, son de naturaleza puramente doctrinal, y por tanto, sin influjo práctico alguno.

Todos estos derechos son limitables por la ley, formando un freno para el arbitrio ilegal, no para el legislador. Por el cual, pierden con su amplitud e interna vaguedad todo valor real. El catálogo de los derechos innatos no ha impedido, sin embargo, a Wolff, llegar a ser el representante típico del Estado de policía.

109 Comp. también Ad. Menzel, *Wandlungen in der Staatslhre Spinozas,* 1898, p. 19. La teoría del derecho político del siglo XVIII, que establecía el derecho de la libertad religiosa, véase en Gierke, p. 114, núm. 98.

110 *Letters Concerning Toleration. Works,* II, p. 234, 1714.

111 Jus ad ea, sine quibus obligationi naturali satisfieri nequit, ius petendi officia humanitatis, ius alterum sibi obligandi ad ea perfecta, aequalitas, libertas, ius securitatis, ius defensionis, ius puniendi. Institutiones iuris natura et gentium, 1750, § 95.

Poco después de él establece Blackstone, en su *Análisis de las leyes inglesas*, los derechos absolutos de los ingleses, tomándolos de Locke.[112]

Pero tampoco llega a la exigencia de derechos firmemente definidos, que se desarrollan sustantivamente desde la idea fundamental de la libertad originaria.

La exigencia de toda una lista de derechos fundamentales especializados, dirigidos a una determinada conducta, derechos que el Estado debía reconocer expresamente, no se halla en parte alguna antes de la Revolución americana. La proclamación de la libertad religiosa por el legislador, antes de este tiempo, es un fenómeno completamente aislado. Sin duda, se apela frecuentemente a los derechos incoloros de la teoría del derecho natural, para apoyar ciertas pretensiones frente al Estado; pero no es al legislador a quien esas pretensiones se dirigen.

Aun supuesta toda la eficacia de las teorías del derecho natural, no puede deducirse de ellas sólo la idea de una Declaración de Derechos, tal como primeramente se realizó en América. Era menester que concurrieran otras fuerzas para desenvolver los gérmenes legislativos existentes. Y estas fuerzas no podían ser otras que las fuerzas de la vida histórica.

112 Véase antes p. 147. De un "catálogo" de los derechos de libertad que Rehm, *loc. cit.*, p. 243, cree ver en Blackstone, no se halla nada fuera de los tres derechos de antiguo conocidos, seguridad, libertad, propiedad; tengo igualmente por inexacto que Blackstone haya sido influído por Wolff, como afirma Rehm. La idea de la inalienabilidad de los derechos innatos no ha sido expresada primeramente por Wolff, sino que está con perfecta claridad en Locke, *Two Treatise*, II, cap. IV, 23; cap. VIII, 25. Por esto es también inexacta la afirmación de Gierke, p. 347, núm. 1, apoyada en Rehm, del origen alemán de la doctrina de los derechos inalienables del hombre. Mucho más aceptable es la idea de que Locke haya influído en Wolff.

IX. La formación del sistema de los derechos del hombre y del ciudadano durante la revolución americana

El siglo XVII fue la época de las luchas religiosas. En el siguiente vinieron a colocarse en primer término, en el movimiento histórico, los intereses políticos y económicos. Las instituciones democráticas de las colonias resultaban a menudo en contradicción con las de la madre patria, aflojándose de día en día el lazo moral que las une. Poco a poco se deja sentir un grave conflicto de inteseses económicos. La prosperidad económica de las colonias exige, naturalmente, un mínimum de restricciones en la libertad de movimientos. Al fin se consideran gobernadas, no por la antigua madre patria sino por el extranjero.

Entonces fue cuando las antiguas concepciones puritanas e independientistas actuaron en un nuevo sentido. La doctrina del contrato social, que desempeñara tan alto papel en la fundación de las colonias, contribuyendo a establecer la libertad religiosa, favorece ahora, de una manera muy acentuada, la transformación de las instituciones existentes. No quiere esto decir que la doctrina haya actuado modificando directamente las instituciones, sino que les da nueva base.

Los colonos habían conservado sus libertades y derechos del otro lado del Océano, como ciudadanos ingleses de nacimiento. En una serie de Cartas otorgadas por los reyes ingleses, se había afirmado expresamente, que los colonos, y sus descendientes, gozarían de todos los derechos que corresponden a los ingleses en la madre patria.[113] Antes ya de la Declaración de Derechos inglesa, la mayoría de las colonias votaron leyes en las cuales se resumían

113 Kent, *Commentaires on American Law,* 10a. ed., I, p. 611.

las antiguas libertades inglesas.[114] Esos antiguos derechos experimentaron una profunda transformación en la segunda mitad del siglo XVIII. Los derechos y libertades heredados, así como la organziación autónoma otorgada a los colonos en las Cartas por los reyes de Inglaterra, y por los gobernadores de las colonias, se modificaron profundamente, hasta el punto de no ser ya considerados como emanados de los hombres, sino de Dios y de la Naturaleza.

A estos antiguos derechos añadiéronse otros nuevos. Con la convicción adquirida de que hay un derecho, el de la conciencia, independiente del Estado, teníanse el punto del cual habían de partir, especializándose, los derechos inalienables del individuo. La presión que los Poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo, determinan la idea de que a cada una de las direcciones de la presión corresponda un derecho del hombre. Así se produjo, al lado de la exigencia de la libertad religiosa, la de la prensa, la de la palabra, las de asociación y de reunión, la de emigración, el derecho de petición, la liberación respecto del impuesto, la pena y la prisión arbitrarias, y además de esto el derecho a la participación del individuo en la vida del Estado, participación que protege todas esas instituciones, así como el derecho a organizar el Estado como una asociación de hombres libres e iguales. Esta plenitud de bienes jurídicos tangibles es el precio de la victoria de luchas rudas, no el resultado de sabias especulaciones.

Ciertamente las doctrinas de Locke, las teorías de Pufendorf,[115] las ideas de Montesquieu, influyeron sobre las concepciones políticas americanas de aquel tiempo. Pero, como hemos visto, no es posible explicar con esto tan sólo la elaboración de una lista completa de los derechos generales del hombre y del ciudadano.

114 Véase Kent, *op. cit.*, I, 612 y ss.; Stevens, *op. cit.*, pp. 203 y ss. Esas leyes se designan hoy generalmente en América como *Bills of Rights*. Las codificaciones de 1776 y posteriores las han tenido por modelo.

115 Borgeaud, p. 17, *op. cit.*, cita en un tratado de John Wise, que debió tener gran influjo en las ideas democráticas en Massachussets. Pero este hombre, cuyo nombre es John Wise, no hizo otra cosa que tomar como base de sus desenvolvimientos la doctrina de Pufendorf, según él mismo declara. Véase J. Wise, *A Vindication of the Government of New England Churches*, Boston, 1772, p. 22. Se supone que este libro se publicó en 1717, según Ritche, el cual sin embargo, no parece haberlo utilizado directamente.

En el año 1764 apareció en Boston el trabajo de James Otis sobre los derechos de las colonias inglesas.[116] Se decía allí que los derechos políticos y civiles de las colonias inglesas no se apoyaban para nada en una concesión de la Corona;[117] la misma *Magna Charta* por antigua que sea, no ha sido el origen de todas las cosas. "Puede en verdad llegar el momento en que el Parlamento declarase nula y sin valor toda Carta americana; pero entonces no se tocará en los derechos que corresponden a los colonos como *hombres y ciudadanos*, derechos que les son inherentes por naturaleza, y, dada su cualidad, inseparables de sus personas. Las Cartas pueden cambiar; esos derechos durarán hasta el fin del mundo".[118]

En este trabajo se fijaban ya, bajo la forma que más adelante sería la de los *Bills of Rights*, límites absolutos al Poder legislativo, límites "establecidos por Dios y por la Naturaleza". Se fijaba especialmente en el derecho de los impuestos, causa principal de las desaveniencias entre las colonias y la madre patria. Que se impusieran contribuciones o percibieran impuestos, sin el consentimiento del pueblo o de los representantes de las colonias, no iba contra las leyes del país, sino contra las leyes imprescriptibles de la libertad.[119] Estos límites no son otros que los enumerados por Locke, las "restricciones que Dios y la Naturaleza han impuesto al Poder legislativo en todo Estado".

Las proposiciones de Locke experimentan aquí una profunda transformación. De derechos objetivos se convierten en subjetivos.

116 *The Rights of the Colonies Asserted and Proved.* Sólo he podido utilizar la edición fraudulenta de Londres (de 1764 también) de este trabajo, raro en extremo.

117 Bajo la autoridad del derecho inglés y de Locke, enumera una serie de derechos, que "no man or body of men, not excepting the parliament, justly, equitably and consistably with their own rights and the constitution, can take away", p. 52.

118 "Nor do the political and civil rights of the British colonists rest on a charter from the crown. Old Magna Charta was not the begining of all things; nor did it rise on the borders of chaos out of the unformed mass. A time may come when parliament shall declare every American charter void; but the natural, inherent, and inseparable rights of the colonists as men and as citizens would remain, and whatever became of charters, can never be abolished till the general conflagration". Vgl. Bancroft, IV, pp. 145 y 146.

119 Cons. John Adams, *Works*, X, Boston, 1856, p. 293. También la mencionada primera obra de Blackstone ha influído en seguida en los espíritus.

Mientras Locke, como Rousseau más tarde, sometía el individuo a la voluntad de la mayoría de la sociedad, la cual tiene como límites el fin del Estado, aquí el individuo es quien da condiciones según las cuales consiente estar en la sociedad, y las conserva como derechos propios en el Estado. Por tal modo tiene en el Estado y contra el Estado derechos que no provienen del Estado. Frente a las tentativas inglesas para limitar estos derechos, surgió la idea de declararlos solemnemente y de defenderlos. Esta transformación se verifica bajo el influjo del *Analysis* de Blackstone. La instrucción parlamentaria, puesta como apéndice al trabajo de James Otis, se expresa exactamente como la obra anónima de Blackstone.[120]

El 20 de noviembre de 1772 los ciudadanos reunidos en Boston votaron, a propuesta de Samuel Adams, un proyecto, elaborado por él, de una Declaración de Derechos de los colonos como hombres, cristianos y ciudadanos. En ella, bajo la autoridad de Locke, se proclamaba que los hombres forman parte del Estado merced a su libre consentimiento, y que tienen derecho a formular previamente, en un pacto equitativo, las condiciones y reservas que estimen deban imponerse y velar por su observancia. Además, los colonos, como hombres, reclamaban el derecho de libertad y de propiedad; como cristianos, la libertad religiosa; como ciudadanos, los derechos de la *Magna Charta* y del *Bill of Rights* de 1689.[121]

El 14 de Octubre de 1774, por fin, el Congreso reunido en Filadelfia, y que representaba doce colonias, votó una Declaración de Derechos en la cual se afirma que los habitantes de las colonias norteamericanas tienen derechos que les corresponden, en virtud del derecho inmutable de la Naturaleza, de la Constitución inglesa y de sus propias Constituciones.[122]

120 Es inexacto, pues, lo que Rehm, *Allg. Staatslehre*, pp. 247 y ss., afirma al señalar, como fuente de la Declaración de Derechos, los *Commentaries* de Blackstone, publicados después del trabajo de Otis. Cons. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 375, n. I. Gierke, *op. cit.*, p. 347, núm. 52, concuerda con Rehm, pero evidentemente prescinde de mis observaciones a Rehm.

121 Cons. Wells, *The Life and Public Services of Samuel Adams*, Boston, t. I, pp. 502-507; Laboulaye, II, p. 171. Sobre la popularidad alcanzada entonces por los "derechos naturales", véase Merriam, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

122 El texto completo se reproduce por Story, *Commentaries on the Constitution*

Desde ahí hasta la Declaración de Derechos de Virginia, parecía que no había más que un paso, y, sin embargo, hay un mundo entre ambos documentos. La Declaración de Filadelfia es una protesta; la de Virginia es una ley. Desaparece la invocación al derecho inglés. El Estado de Virginia reconoce solamente los derechos de las generaciones presentes y futuras, como base y fundamento del gobierno.[123]

En estas y en las siguientes Declaraciones de Derechos, adoptadas después por los Estados ya soberanos de América del Norte, se otorgan, además de los derechos de libertad: libertad personal, de la propiedad, de conciencia; otros derechos nuevos relativos a las violaciones que la libertad individual experimentara recientemente de parte de Inglaterra: tales son el derecho de reunión, la libertad de la Prensa, la de establecimiento. Pero no sólo se mencionan esos derechos a la libertad, sino también figuran el derecho de petición, el de protección legal y el relativo al procedimiento judicial aplicable, especialmente en el juicio de jurado imparcial e independiente, así como otras garantías políticas que entrañan las bases de los derechos políticos del ciudadano. Contienen además, según la intención de sus autores, los fundamentos del conjunto de los derechos públicos del individuo. Suponen, por otra parte, el principio de la división de los Poderes y de la responsabilidad de los funcionarios. Deciden que las funciones públicas no pueden desempeñarse más que de un modo temporal, y proscriben las distinciones hereditarias, imponiendo, por último, algunas limitaciones a la función legislativa y al Gobierno, tal como la que entraña la prohibición de tener ejército permanente, o bien una Iglesia privilegiada; limitaciones estas, por lo demás, que no crean, a no ser indirectamente, un derecho subjetivo del individuo. Todo esto se apoya en el principio de la soberanía del pueblo, y en la idea de que la Constitución es un pacto concertado por todos. Se advierte bien, en este punto, la acción persistente de las antiguas

of the United States, 3a. ed., pp. 134 y ss.

123 El título del *Bill of Rights* dice así: "A Declaration of Rights made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention; which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government".

ideas puritanas, independientistas, de los *convenants*, que más tarde habían de desplegar, bajo una forma tan característica, una fuerza en cierto modo nueva. Cuando aun hoy las Convenciones constituyentes, o el pueblo mismo, deciden realizar reformas constitucionales en los Estados particulares, bien se advierte cómo las instituciones democráticas continúan animadas de la misma idea que en otros tiempos inspiraba a los colonos de Connecticut y Rhode Island.

El *Bill of Rights* en todas esas Constituciones ocupa la primera parte, viniendo en segundo lugar el *plan ó frame of government*. Primeramente se determina el derecho del creador del Estado, del individuo, que goza en el origen de una libertad ilimitada; luego se determina el derecho de lo que los individuos han creado, la comunidad.

Los principios eran en todos los Estados particulares los mismos, aunque se aplicaban de distinta manera en las diferentes legislaciones, habiéndose atenuado mucho esas divergencias posteriormente, si bien todavía hoy mismo no han desaparecido por completo. Según antes hicimos notar, aun cuando en todas partes se haya reconocido de una manera igual el principio de la libertad religiosa, no se puso inmediatamente en práctica con todas sus consecuencias lógicas. A pesar de la afirmación según la cual todos los hombres son naturalmente libres e iguales, la esclavitud de los negros no se abolió inmediatamente. En lugar del "man" figura en los Estados esclavistas el *freeman*.

Los derechos solamente declarados se atribuyen originariamente a todos los *inhabitants*, y, en los Estados esclavistas, a todos los blancos. Sólo más tarde fue cuando se exigió la cualidad de *citizen* de los Estados Unidos, para el ejercicio de los derechos políticos en la mayoría de los Estados. Ya hemos visto por qué notable evolución se ha formado en el antiguo y en el nuevo derecho inglés, según se practicaba en las colonias, la concepción de una esfera jurídica independiente del Estado, esfera que no ha de limitarse a reconocer al individuo. En realidad, las declarlaciones de derechos, no han hecho otra cosa que expresar, en fórmulas generales, una organización jurídica de hecho.

Lo que los americanos proclaman, como un patrimonio eterno de todos los pueblos libres, es lo que ya poseían. Por el contrario,

los franceses quieren otorgar lo que no tienen todavía, las instituciones en relación con los principios generales. Tal es la diferencia más importante entre la Declaración de Derechos de los americanos y la de los franceses, pues, entre los primeros, las instituciones precedieron al reconocimiento solemne de los derechos de los individuos, mientras entre los segundos vienen después. Tal fue también el error capital de la Asamblea nacional de Francfort, al querer determinar primeramente los derechos del individuo y sólo después las normas del Estado. No se había fundado el Estado alemán, y ya se determinaba lo que este Estado, nonnato aún, no debía hacer y lo que podría otorgar. Los americanos podían tranquilamente poner delante del *Plan of Government* el *Bill of Rights*, porque el *government* y las leyes directrices existían desde hacía mucho tiempo.

El que los franceses aceptasen con tan buena voluntad las ideas americanas, se debió a la igualdad de las tendencias prácticas a que ambas naciones se inclinaban: fundación de una Comunión democrática compuesta de individuos con iguales derechos, y en la cual todo Poder público nace del pueblo, y todos los agentes del Poder son responsables, con más la garantía de una esfera de libertad de esos individuos delimitada en ciertas direcciones. Estas, según se ha dicho, se determinaron por la presión que habían ejercido los Gobiernos y por el desarrollo, históricamente condicionado, para emanciparse de esta presión. Si el hombre del siglo XVII había sentido de un modo especialmente doloroso la coacción en cuanto a su fe, aumenta esta sensibilidad en el siglo XVIII de la manera, que ahora exige imperiosamente del Estado una medida mucho mayor de libertad como intangible.

Estas exigencias pueden haber sido acompañadas en ambas naciones, y luego en los otros pueblos en que hallaron eco, de diversas representaciones sobre su valor y significación; en lo que toca a su eficacia práctica permanente, para determinar la relación del Estado con el hombre y el ciudadano, concuerdan por completo.

Por esto resulta con irrefutable certeza de esta indagación que los principios de 1789 son en verdad los de 1776.

Y, sin embargo, estos principios habrían permanecido limitados a América, si Francia no los hubiera recogido y defendido. Si hoy en todos los Estados de civilización moderna, asegura la ley al

individuo una esfera jurídica firme, y las instituciones públicas descansan sobre la convicción de que hay un derecho de la persona individual, frente a frente hasta del Poder soberano del Estado, corresponde en este resultado a Francia la parte más importante, cualquiera que pueda haber sido la eficacia política inmediata de la Declaración francesa, en los tiempos de la Revolución.

X. Los derechos del hombre y la concepción germánica del derecho

Nos queda aún por resolver una cuestión, para terminar. ¿Por qué la doctrina de los derechos originarios del hombre y del contrato social, que ya germinaba en la antigüedad entre los sofistas, que se ha desenvuelto en las teorías del derecho natural en la Edad media, habiendo llegado hasta nosotros en la corriente de la Reforma, ha alcanzado una importancia tan considerable, primero en Inglaterra y luego en sus colonias? ¿Cómo se explica que en un Estado esencialmente monárquico, cuyas instituciones, en junto, están íntimamente ligadas con la monarquía, y no pueden comprenderse sin ella, hayan penetrado las ideas republicanas, transformando desde los cimientos el cuerpo del Estado?

Fácilmente puede percibirse la causa directa de todo esto. Estriba en el contraste entre las concepciones jurídicas nacionales de los ingleses, y la de la dinastía de Estuardo, venía de fuera con su derecho divino, además de las luchas religiosas contra esta dinastía, tanto en Inglaterra como en Escocia, que favorecían la propagación por el país de las doctrinas que podían suscitar una violenta oposición contra ella. Una situación análoga existía a fines del siglo XIV hasta mitad del XVII en varios Estados del Continente. Hubo allí una oposición muy fuerte de las clases contra la monarquía, que aspiraba al absolutismo, y una literatura perspicaz que se esforzaba en oponer los derechos naturales del pueblo y del individuo, frente a la Realeza, produciéndose guerras religiosas que devastaron aquellos países. Las concepciones revolucionarias sobre el continente provocaron, es cierto, por aquel entonces, en Francia, el regicidio, pero sin que en ninguna parte se intentase transformar la organización del Estado. Las doctrinas del derecho natural de Locke no ejercieron su acción fuera de Inglaterra. Sólo

a fines del siglo XVIII es cuando las doctrinas del derecho natural continentales, desempeñan un papel importante en la gran transformación social provocada por la Revolución francesa.

A diferencia del Continente, Inglaterra había resistido, no sin éxito, el influjo del derecho romano. Aunque las ideas jurídicas inglesas no están libres del influjo romano, lo cierto es que no se ejerció éste con la preponderancia que en el Continente. Especialmente el derecho público se ha desenvuelto, en lo esencial, sobre bases germanas, y así las ideas jurídicas, originariamente germanas, nunca fueron denominadas por la concepción del absolutismo romano del Estado.

El Estado germano, a lo que de él sabemos de un modo cierto por la historia, a diferencia de los antiguos, no tuvo al principio sino un poder débil. La competencia del Estado germano es, en su origen, muy limitada: el individuo estaba sometido a la severa tutela de la familia y de la tribu; el Estado no le oponía restricciones. La vida política de la Edad Media se desarrollaba por las asociaciones corporativas, más que por el Estado, que alcanzaba sólo formas rudimentarias.

Al comienzo de los tiempos modernos se fue concentrando más y más el poder del Estado. En Inglaterra pudo hacerse esto, con tanta mayor facilidad, cuanto que los reyes normandos habían centralizado ya rigurosamente la administración. Ya a fines del siglo XVI podía decir sir Thomas Smith que el Parlamento inglés tenía un poder ilimitado,[124] poder que Cok consideraba después como "absoluto y trascendental".[125]

Pero esta potencia se concebía por los ingleses ilimitada sólo en un respecto jurídico formal. En Inglaterra es donde el pueblo tenía la concepción viva de que debe tener límites esenciales el Estado, y, por tanto, el Rey y el Parlamento.

124 "The most high and absolute power of the realm of England consisteth in the Parliament... all that ever the people of Rome might do, either in *centuriatis comitiis* or *tributis,* the same may be done by the Parliament of England, which representeth and hath the power of the whole realm, both the head and the body". The Commonwealt of England, 1589, book II, reproducido en Prothero, Select Statutes and Documents of Elizabeth and James I. Oxford 1894, p. 178.

125 *La Just*., p. 36.

La *Magna Charta*, declara, que los derechos y libertades que enuncia se conceden *in perpetuum*.[126] En el *Bill of Rights* se estatuye que todo cuanto contiene debe mantenerse "para siempre ley de este Reino".[127] No obstante la omnipotencia formal del Estado, se reconoce expresamente, en las leyes fundamentales más importantes, que hay un límite que no debe traspasar.

En estas proposiciones, insignificantes, sin duda, en el respecto jurídico formal, se refleja la antigua concepción jurídica germana, según la cual el Estado encuentra en su acción límites necesarios.

El movimiento de la Reforma favoreció también mucho semejante concepción. Pero aquí media una segunda noción que es producto de la evolución histórica. El Estado de la Edad Media no está limitado sólo, por el poder de sus miembros, sino, además, por la acción de la Iglesia. La cuestión de la extensión del derecho del Estado, en los asuntos del espíritu, no podía suscitarse en toda su amplitud sino después de la Reforma, porque ésta es la que pone de nuevo en pleito la demarcación de límites de la Edad Media. La definición moderna de sus respectivas esferas de acción, fue la consecuencia de un desenvolvimiento histórico, así como la abolición de la intervención del Estado en los asuntos del espíritu.

También se ha visto que la idea de la superioridad del individuo ante el Estado se apoya en la historia toda de Inglaterra, y en su situación en el siglo XVII. Las doctrinas del derecho natural han venido, en rigor, a continuar antiguas concepciones jurídicas, que siempre han existido, dirigiéndolas por vías nuevas.

Lo mismo puede decirse de las teorías nacidas en el Continente. La Escuela histórica nos ha habituado a decir, que las doctrinas del derecho natural son ensueños sin base. Pero al pensar de ese modo se olvida que no hay teorías, por abstractas que sean, que puedan ejercer su influjo en su época, sin tener apoyo en alguna base de realidad histórica.

La penetración comprensiva de esta base histórica, es de gran importancia para darse buena cuenta, de la exacta relación jurídica del Estado y del Individuo. Dos aspectos se ofrecen aquí, los cuales pueden realizarse con todas sus consecuencias lógicas. Bajo el

126 Artículo 63, Stubbs, pp. 306.
127 Artículo XI, Stubbs, p. 527.

primer aspecto, todos los derechos del individuo no son sino el producto de una concesión o autorización del Estado. Bajo el otro aspecto, el Estado no crea sólo derechos individuales, sino que además deja al individuo toda la libertad compatible con el interés general. Esta libertad, sin embargo, no es creada por él; antes se limita a reconocerla y a consignarla.

La primera concepción se basa en la idea de la omnipotencia del Estado, tal como ha sido expresada, de una manera acentuada, por las doctrinas absolutistas de los siglos XVI y XVII. Sus consecuencias extremas han sido ridiculizadas por el poeta al formular este problema jurídico:

Desde hace años me sirvo de mi nariz para oler. Pero ¿tengo, en realidad, derecho a servirme de mi nariz?

La segunda teoría, por el contrario, entraña la noción jurídica germana; responde al hecho histórico del desenvolvimiento gradual del poder político. Si el derecho natural se identifica con un derecho no histórico, debería afirmarse que, para el Estado moderno, la primera es la teoría del derecho natural, y la segunda la teoría histórica del derecho. Por muy grandes que hayan sido los cambios ocurridos en el curso de los tiempos en la determinación de la libertad reconocida, la noción de que el derecho del Estado tenía sus límites estaba profundamente grabada en los pueblos germanos, aun en la época de los Estados absolutos.[128]

128 Las opiniones respecto del contenido de la libertad se ofrecen en el continuo fluir de la historia. En medio del sentido literal igualmente constante de las leyes, los diversos pueblos y tiempos, tendrán convicciones formadas de un modo enteramente distinto acerca de la importancia y de los límites de la libertad, tanto como de las libertades particulares. Así la libertad de creencias de los puritanos es muy otra que la de los americanos del siglo XX, al modo como han cambiado radicalmente también, en el curso de los tiempos, las ideas sobre la participación del pueblo en el Estado, de suerte que nos puede aparecer como una institución simplemente aristocrática la representación nacional democrática, originariamente construída sobre el sufragio restringido, comparada con la actual, fundada sobre el sufragio universal (susceptible también de las más diversas modificaciones). Pero el principio persiste siendo el mismo, y por esto puede desplegar su poder constantemente de nuevo en condiciones sociales por completo diversas. Esto ha sido desconocido de raíz por Boutmy, quien (pp. 421 y ss.) en admirable negación de la conexión histórica producida mediante las ideas políticas, quiere mostrar que la libertad e igualdad francesas, son cosas absolutamente distintas de las ideas americanas correspondientes.

Esta libertad no se crea por el Estado, se reconoce por él, y eso limitándose a sí propio y determinando los espacios que deja libres y que necesariamente deben existir, en la trama de las normas que rodean al individuo. El espacio libre así definido, más que un derecho, es una situación de hecho. El gran error del Derecho natural consiste en considerar este estado de hecho de la libertad como un Derecho, y reconocer en ese Derecho una superioridad que habrá creado el Estado y limitado su poder.[129]

No parece tener hoy una gran importancia práctica, la cuestión de saber si una acción del individuo está directamente autorizada, o sólo está indirectamente reconocida por el Estado. Pero el objeto de la ciencia del Derecho no se reduce a formar jueces y funcionarios, y a enseñarles cómo deben resolver los casos difíciles. Conocer el límite jurídico entre el yo y la colectividad, es el problema más elevado que la especulación debe resolver, mediante el estudio de la sociedad.

129 Cons. antes y Jellinek, *System der subgektiven öffentlichen Rechts,* pp. 43-89 y ss.

LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Respuesta del Profesor Jellinek a M. Boutmy[130]

Me felicito de que M. Boutmy haya consagrado algunas páginas a mi estudio sobre la *Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*. M. Boutmy figura entre los espíritus más esclarecidos de la Francia moderna; ha contribuído, en la medida más amplia, al desenvolvimiento de la Ciencia política. Es un honor tener semejante adversario. Séame permitido saludarle con la mayor cortesía, en el momento de entrar con él en lid.

Antes de penetrar en lo vivo de mi asunto, me creo obligado a dar una explicación sobre un hecho de carácter personal. M. Boutmy parece creer que me he dejado llevar, quizá inconscientemente, por el deseo de atribuir al genio germánico "la más brillante manifestación del espíritu latino a fines del siglo XVIII". Lo declaro abiertamente: cuando se trata de profundizar en una cuestión científica, sea la que fuere, mi principio consiste en mantenerme siempre en la misma disposición de espíritu, "ac si quaestio de lineis planis aut de corporibus esset". Busco exclusivamente la verdad, y me importa muy poco satisfacer un sentimiento de vanidad nacional.

Añadiré que he remontado el origen de la Declaración, no a Lutero, sino a Calvino: he ahí un honor que yo no habría dejado de reivindicar para mi país si hubiera sido francés.

Quisiera, desde el principio, determinar exactamente el campo de la controversia suscitada entre M. Boutmy y yo, y colocar la discusión en su verdadero terreno. M. Boutmy pretende haber re-

130 Véase lo dicho en el *Estudio preliminar* (N. T.)

sumido, al comienzo de su disertación, las ideas esenciales de mi trabajo; y, sin embargo, en ese resumen ha olvidado un punto capital: la clave de mi doctrina.

He declarado, de una manera expresa, que no pretendía ocuparme con el valor intrínseco de la Declaración de Derechos. Mi intención ha sido siempre tratar un punto especial, que, hasta aquí, se había dejado casi por completo en la sombra; cual ha sido la influencia de la Declaración de los Derechos del hombre sobre la historia jurídica de los Estados europeos. Bajo el influjo de esta Declaración, y según su modelo, las Constituciones de los Estados del Continente contienen la enumeración de los diferentes derechos públicos del individuo. Tal es el principio de este suceso considerable: el reconocimiento oficial de los derechos del hombre frente a los derechos del Estado. El historiador del derecho, el jurista, no pueden desconocer la importancia que este suceso ha tenido en la práctica; prolongando sus efectos en la historia europea, es como la Declaración de los Derechos del hombre ha podido convertirse en un hecho histórico de significación universal. Prescíndase de esta influencia general, y la Declaración no será más que un momento particular de la Revolución francesa. Por el contrario, Francia ha hecho al mundo un presente duradero, proclamando el reconocimiento de los derechos del individuo, que encontramos en nuestras constituciones modernas, erigiéndolo en principio de derecho público.

He ahí, en efecto, el rasgo característico que diferencia el Estado moderno del Estado del antiguo régimen.

Hace ya tiempo que he hecho notar la influencia considerable que ha ejercido la Declaración francesa, sobre la posición del individuo frente al Estado, y sobre el concepto que de ella se ha formado tanto en Francia como en el extranjero.[131]

M. Boutmy guarda silencio acerca de esta cuestión. Las advertencias que hace —por interesantes e instructivas que sean— no tienen nada que ver con ella. El filósofo, el psicólogo político fino, es quien toma la palabra, y habla excelentemente; pero en vano busco al jurista y al historiador del derecho, y yo habría querido plantear este debate, igualmente provechoso para ambos, en el te-

131 *System der subgectiven öffentlichen Rechts*, 1892, pp. 2 y ss.

rreno del derecho público y de su historia. Pero M. Boutmy se coloca en un punto de vista, y yo en otro. Nada de extraño tiene, pues, que no nos entendamos.

El problema que me he propuesto resolver es el siguiente:

Antes de la Declaración de Derechos, en parte alguna se trata, en las leyes del Continente, de una libertad absoluta de conciencia, de una libertad de la prensa, de una libertad de asociación, de la inviolabilidad del domicilio, etcétera. ¿Cuál puede entonces ser el origen de estas enumeraciones de derechos que tienen hoy un lugar tan importante en la legislación, en la administración, en la jurisprudencia?

M. Boutmy responde: Hay que buscarlo en el espíritu filosófico de la Francia del siglo XVIII, y en Rousseau muy particularmente. En su forma, y más aún en su espíritu, la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano es su emanación directa del genio francés.

Si ese punto de vista fuese exacto, ¿cómo admitir que no se haya oído hablar de Declaraciones de Derechos sino a partir de la Revolución de América? El *Contrato Social* de Rousseau se publicó en 1762. ¿Cómo explicar que los franceses hayan esperado un cuarto de siglo para asimilarse esta doctrina, y para hacerla pasar, aunque no fuese más que como teoría y sobre el papel, en una lista de los diferentes derechos?

¡Los filósofos franceses, y Rousseau a la cabeza, se hacen los apóstoles de la Libertad en general, pero no de las libertades particulares, o yo me engaño mucho! ¿Hay un pensador francés que reclame, antes de la Declaración de Virginia, todas esas libertades particulares a que expresamente se refiere la Declaración francesa? Rousseau —que M. Boutmy interpreta a su manera—, ¿se manifiesta acaso defensor celoso de la libertad religiosa? ¿No excluye, por el contrario, del Estado a quienquiera que no confiese la "religión civil", y a quienquiera que ose proclamar el dicho católico "fuera de la Iglesia no hay salud"? ¿Por quién se reclaman los demás derechos del hombre, la libertad individual, la libertad de prensa, la inviolabilidad de la propiedad, la libertad de asociación, etcétera? ¿Quién trata de ponerlos ante la omnipotencia del Estado, como límites que no puede franquear, y de proclamarlos como el patrimonio inalienable del individuo?

Sin duda, no es imposible encontrar, en la literatura de la Francia del siglo XVIII, como por otra parte en la de otros Estados, cierto número de pensamientos que fueron puestos a contribución, luego cuando llegó el momento de redactar la Declaración; sin duda, cuando se concibió la idea de semejante texto legislativo, se introdujeron en él muchos retazos de la filosofía en cuestión; pero no por eso deja la idea primera de conservar su naturaleza propia; preexiste en su origen a todo eso.

En Alemania también ha habido un hombre que, antes que Rousseau, y con más consecuencia que él, proclamaba que la libertad era la esencia misma del hombre, "quod homini ita inhaeret ut ipsi auferri nom possit". Me refiero a Wolff, cuyo influjo sobre los pensadores, y sobre los escritores políticos del siglo XVIII, ha sido considerable —y el propio Rousseau no ha dejado de sentirlo—. Pero me guardo muy bien de llevar hasta Wolff la idea de la necesidad de una Declaración de Derechos, y, sin embargo, no cae como Rousseau en sofismas groseros, como esta enajenación, en beneficio del Estado de una libertad considerada inalienable. Estimo que hay demasiada distancia entre una idea filosófica y un acto legislativo. Y el papel del historiador del derecho es precisamente mostrar en virtud de qué evolución los conceptos de los pensadores toman cuerpo en la ley.

Y ahora, afirmamos que las ideas filosóficas del siglo XVIII, esas ideas que no fueron la obra exclusiva de Francia y a cuya expansión contribuyeron franceses, alemanes, ingleses e italianos, no habrían tenido por sí solas el poder de producir una Declaración de Derechos; era preciso, para eso, que ocurriese un acontecimiento histórico como el de la Revolución americana.

Los franceses, pues, bajo el influjo de América, han erigido, en reglas de derecho, los principios de libertad, y lo han hecho para toda Europa. Sin América, sin las Constituciones de sus diferentes Estados, quizá tendríamos una filosofía de la libertad, jamás una legislación tal de la libertad.

Pero me callo y dejo la palabra a un francés, que, sin duda, está muy lejos de querer aminorar, en cosa alguna, la gloria de la gran nación a que tiene el honor de pertenecer. He aquí como se expresa el excelente historiador moderno de la Revolución france-

sa, M. Aulard, con respecto del influjo americano sobre el espíritu de 1789, y sobre la Declaración de los Derechos del hombre:

> ...Franklin, en una carta de mayo de 1777, notaba en estos términos el interés apasionado que los asuntos de la América inspiraban a los franceses: Toda Europa está a nuestro lado; por lo menos tenemos todos los aplausos y todos los votos. Los que viven bajo el poder arbitrio no aman menos la libertad, y hacen votos por ella. Desesperan de conquistarla en Francia; leen con entusiasmo las Constituciones de nuestras colonias hechas libres... Es aquí un dicho corriente que nuestra causa es la *causa del género humano*, y que combatimos por la libertad de Europa al luchar por la nuestra.

El número de ediciones francesas de las diversas Constituciones americanas testifica la verdad de lo que dice Franklin. La guerra de América inspiró a los franceses una porción de relaciones, de historia, de viajes, de estampas. Se ama y admira a esos republicanos, graves y razonables, de los cuales es Franklin el tipo. La América republicana está a la moda, tanto y más que la monárquica Inglaterra.

Y no es esto una manía pasajera: es un influjo profundo y duradero. La Revolución francesa, tan diferente en algunos respectos de la Revolución americana, será animada por el recuerdo de esta última: no se olvidará en Francia que ha habido en América Declaraciones de Derechos, Convenciones nacionales, Comités de salud pública, Comités de seguridad general. Una parte del vocabulario de nuestra Revolución será americana.

Lo que importa sobre todo en la historia de las ideas republicanas, es que, veinte años antes de la Revolución, los franceses esclarecidos *habían leído, sea en el texto* (porque el conocimiento de la lengua inglesa estaba entonces muy extendido entre nosotros), *sea en una de las numerosas traducciones francesas, las Constituciones de los nuevos Estados Unidos.*[132]

M. Aulard, después de haber citado la Declaración de Independencia americana, y de haber hecho notar el influjo que ejerciera sobre Francia, prosigue así:

132 *Histoire politique de la Révolution française,* París, 1901, pp. 19-21.

Esta Declaración de Independencia había sido precedida de la Declaración de los Derechos del pueblo de Virginia (Io. de julio de 1776), *que es casi la futura Declaración de Derechos francesa*. Se leía en ella que toda autoridad pertenece al pueblo, y por consiguiente, emana de él; que ningún derecho puede ser hereditario; que los tres Poderes deben ser separados y distintos; que la libertad de la Prensa no pueda ser restringida; que el poder militar debe estar perfectamente subordinado al Poder civil. Parecía como si se tratase de la realización misma de las teorías francesas, el pensamiento de Mably, vivo y combatiente. Puede suponerse el entusiasmo de los amigos de la libertad y de los patriotas franceses. A partir de la Revolución americana, es cuando sus ideas parecieron realizables y se propagaron irresistiblemente. Lafayette llamaba a esto la era americana. El mismo, apenas llegó de América, escribió a uno de sus amigos en Francia: "Siempre he pensado que un rey era un ser cuando menos inútil: de aquí todavía hace una más triste figura". En su casa de París, en 1783, instalaba el Cuadro de la Declaración de los Derechos de Francia, y supone que dice y escribe: "Nous autres républicains".

De esta cita resulta muy claro que M. Aulard, como erudito que jamás procede sin una documentación segura, no atribuye precisamente a las declaraciones americanas, y a las Constituciones de los Estados americanos, en general, el mismo papel que pretende asignarlas M. Boutmy. Para M. Boutmy eran tan sólo cantidades despreciables. Cuando nos afirma que la Declaración francesa no procede de América, sino que es preciso referirla, sea a Rousseau, sea a alguna fuente inglesa, podemos con razón responderle, que semejante afirmación no responde a las condiciones del método histórico. Los documentos americanos —y M. Boutmy no negará esto— estaban en todas las manos cuando se redactaba la Declaración francesa: formular la conclusión de que han ejercido sobre ella un cierto influjo, es proceder como historiador.

Sólo el hecho, e importa mucho ponerlo en claro, de que la Declaración francesa se redacte en una serie de artículos, a diferencia de la Declaración de Independencia, basta para darle un carácter jurídico completamente distinto, y revela muy bien que de donde procede es de las Declaraciones de los Estados particulares. Los franceses no se detienen a formular verdades evidentes

por sí mismas *(self-evident).* Transforman en reglas de derecho los principios que deben guiar al legislador. Ese carácter no se reconoce en parte alguna antes de las declaraciones americanas, ni aun en los *Bills of Rights* ingleses. Si los trabajos de la Constituyente no se refieren expresamente a las declaraciones americanas, puede suponerse muy bien que es porque esos documentos eran tan conocidos, que se estimaban presentes en todos los espíritus. La Constitución austriaca de 1867 contiene una declaración detallada de los derechos generales de los ciudadanos; procede de la Constitución belga, y se relaciona, por lo tanto, con la Declaración francesa de 1789. Ahora bien: en los trabajos parlamentarios de esta ley no se hace alusión ni a Bélgica ni a Francia. Que en su forma ofrezca diferencias bastante notables con respecto a la Declaración francesa, que se separe de ella aun en el fondo mismo en más de un punto, poco importa; queda en pie que sin Francia jamás habría habido Declaración austriaca. Si hubiera de seguirse el método de M. Boutmy, sería preciso negar toda relación de filiación entre la Declaración francesa y la Declaración austriaca. En tales condiciones, no nos corresponde a nosotros establecer que las declaraciones americanas han influido sobre la Declaración francesa, sino que M. Boutmy es quien debe demostrar lo contrario.

Ahora bien: no nos parece que lo haya hecho. ¡Pero, pretende M. Boutmy, el fondo mismo de las proposiciones de la Declaración francesa es completamente distinto del de las proposiciones correspondientes de las declaraciones americanas! ¡No resultan en aquélla expresadas, en definitiva, más que ideas absolutamente francesas!

Veamos lo que vale esta afirmación, y examinemos a este efecto el artículo I0 de la Declaración francesa relativo a la libertad de conciencia. Monsieur Boutmy lo presenta como la confirmación la más brillante de su dicho: la filosofía francesa del siglo XVIII, afirma, se eleva muy por encima de las concepciones americanas; va más alta que el cristianismo y que las doctrinas positivas; los americanos, por el contrario, se mantienen en el terreno del cristianismo puro. “La libre y sobria máxima francesa es breve. El texto reviste una especie de brevedad calculada, hecha para disimular la grandeza de la cuestión”.

Pero he aquí lo que nos dice sobre este punto M. Aulard, quien nos ofrece hechos en apoyo de lo que afirma por adelantado:[133]

El proyecto de la Sección 6a. decía: "En presencia del Supremo legislador del universo" —Laborde de Méreville pedía (20 de Agosto) que no se tratase de Dios: El hombre, dice, tiene sus derechos de la naturaleza, no los recibe de nadie. Pero la Asamblea nacional invocaba al Ser Supremo sin más oposición que la de Laborde de Méreville. Y esto aparece ser que por tres razones: Io. porque casi todos los franceses de entonces, hasta los anticristianos, eran deístas, 2o., porque la masa del pueblo era sinceramente católica. 3o., porque esta fórmula mística, en el preámbulo del gran acto revolucionario, era el precio de la colaboración del clero en la Declaración de los Derechos.

Sin duda, la Asamblea (28 de Agosto) se negara a votar la moción del Abate d'Eymar, declarando la religión católica religión del Estado; pero en el momento, se declaraba católica, probablemente para complacer a los "curas patriotas" que contaba entre sus miembros, y además por respeto a los sentimientos de la masa, sobre todo rural, de los franceses. Ni aun pensaba en colocar la religión católica en el mismo rango que las demás religiones, y así el constituyente Voulland podía hablar desde la tribuna, sin ser contradicho, de la conveniencia de tener una "religión dominante" y presentar la religión católica como fundada sobre una moral demasiado pura para no colocarla en primer lugar. He ahí por qué, en lugar de proclamar la libertad de conciencia, se limitó (23 de agosto) a proclamar la tolerancia, en el artículo así concebido: "Nadie será molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que sus manifestaciones no perturben el orden público establecido por la ley".

Mirabeau había hablado elocuentemente contra esta *tolerancia* el 22 de Agosto: "No vengo a predicar la tolerancia; la libertad más ilimitada en materia de religión es, a mis ojos, un derecho tan sagrado, que la palabra *tolerancia*, que quisiera expresarlo, me parecería de algún modo tiránica, pues que la existencia de la autoridad, que tiene el poder de tolerar, atenta a la libertad del pensamiento, por lo mismo que tolera y que podría no tolerar". Cuan-

133 *Op. cit.*, p. 44.

do el artículo fue votado, el *Courrier de Provence* exclamaba: "No podemos ocultar nuestro dolor porque la Asamblea nacional, en lugar de ahogar el germen de la intolerancia, lo ha colocado como en reserva en una Declaración de Derechos". Y el periodista (¿es el mismo Mirabeau?) hacía ver que este artículo permitía prohibir el culto público a los no católicos.

Pero salvo que *no proclama la libertad de conciencia*, la Declaración de Derechos es claramente republicana y democrática.

¡He ahí, pues, el alcance filosófico del artículo de la Declaración francesa!

De la propia suerte habríamos podido mostrar que los desarrollos de M. Boutmy, sobre los diferentes puntos de la Declaración en que estima que rectifica mi pensamiento, no descansan sobre ningún hecho. El entusiasmo de M. Boutmy le hace descubrir cosas que no se perciben, cuando se examinan los textos a sangre fría; señala matices, indica puntos de detalle, cuyo alcance no resulta siempre claro. No, yo no he afirmado que los franceses han copiado servilmente las declaraciones americanas; he dicho, sencillamente, que las han tomado como modelo. Necesariamente hay entre ellas alguna diferencia; pero se trata de saber si los puntos de analogía permiten pasar sin más a las esas diferencias, y no creo que quede duda sobre esto. Que Locke, que Blackstone y Montesquieu y Rousseau han ejercido un influjo sobre la Declaración francesa; que el derecho inglés, por intermedio de América, ha obrado indirectamente sobre ella, estimo haberlo demostrado superabundantemente; no he dejado tampoco de advertir que las declaraciones americanas ocupan, en el derecho de aquel país, un lugar muy distinto al de las proposiciones solemnes y teóricas de 1789 en Francia. Pero la crítica de M. Boutmy deja en pie esta proposición: los franceses no han imaginado ningún "derecho del hombre y del ciudadano" que los americanos no hubieran formulado antes que ellos.

Si los Estados del Continente, repito, admiten en su Derecho constitucional los Derechos del hombre y del ciudadano, lo deben a los franceses, que han encontrado, a su vez, el principio de América. Lo que los franceses han puesto de su parte, no tiene importancia para quien se dedica, ante todo, a estudiar la introducción en un país de una institución extranjera. Cuando un pueblo se apro-

pia las reglas de derecho de otro pueblo, tiene sin duda ante su visita los textos legislativos; pero jamás copia servilmente las ideas extranjeras; no cabe, pues, dudar que las consideraciones sociales y políticas propias del pueblo francés, han debido influir sobre la manera como se han asimilado las ideas americanas. Pero esas consideraciones las han hecho entrar en el molde que les procuraba América. Lo que ante todo importaba es esta afirmación enérgica y precisa de una serie de libertades individuales, y esto es cosa distinta de la idea de una libertad general e imprecisa, que se desprende de la filosofía francesa y de las contradicciones de Rousseau. He ahí el punto esencial, el gran progreso práctico, que tiene una importancia bien distinta de la de las diferencias de detalle que se pueden señalar, comparando la Declaración francesa con las Declaraciones de los Estados americanos.

¿Me equivoco acaso sobre este punto? Entonces ruego a M. Boutmy a fin de que se sirva ilustrarme. ¿Hay un derecho individual que los franceses hayan reclamado los primeros y que los americanos hayan ignorado antes totalmente? Sin duda habría sido un argumento sin réplica, demostrar que, aun sin la ayuda de América, la Constituyente ha podido elaborar su Declaración, y que el espíritu del siglo XVIII, por sí solo, ha creado ese documento. Hecha esta prueba, yo no habría tenido más remedio que ceder, fiel ante todo a mi misión de historiador del Derecho.

Por otra parte, debo advertir aquí que, los historiadores más distinguidos de Francia, no siempre han formulado las mismas apreciaciones sobre el valor político y filosófico de la Declaración francesa. No todos han sostenido las ideas de M. Boutmy sobre la originalidad de esta Declaración y sobre la riqueza de ideas que contiene. Me permitiré citar, *in extenso*, el pasaje de Taine donde juzga la Declaración francesa, y donde la compara con las Declaraciones de América.[134]

> Nada hay aquí parecido a las Declaraciones precisas de la Constitución americana, a esas prescripciones positivas que pueden servir de soporte a una reclamación judicial, a esas prohibiciones expresas que impiden por adelantado varias especies de leyes, que trazan un límite a la acción de los poderes públicos, que circunscriben terri-

134 *Les Origines de la France contemporaine. La Révolution*, I, p. 274.

> torios donde el Estado no puede entrar porque están reservados al individuo. Por el contrario, en la Declaración de la Asamblea nacional, la mayoría de los artículos no son más que dogmas abstractos, definiciones metafísicas, axiomas más o menos literarios, es decir, más o menos falsos, ya vagos, ya contradictorios, susceptibles de varios sentidos, y susceptibles de sentidos opuestos, buenos para una arenga de aparato y no para un uso efectivo, simple decoración, especie de enseña pomposa, inútil y pesada, que erguida sobre el frente de la casa constitucional y sacudida a diario por manos violentas, no puede menos de caerse al fin sobre la cabeza de los transeuntes.

Dos razones tenía para hacer esta cita. Primeramente, demuestra con claridad que se puede muy bien conocer el siglo XVIII y no encontrar por eso en la Declaración francesa el sentido profundo que ha encontrado M. Boutmy. Luego me pone a cubierto de una crítica muy injustificada. M. Boutmy me acusa de ser injusto con la Declaración francesa, censurándola "¡su prosa oscura y doctrinarismo!" Pero hay que tomarse el trabajo de leer el pasaje recriminado. Será preciso reconocer que yo no expreso una opinión personal, que me limito a citar la opinión de los demás (v. antes p. I04 y los autores citados en la nota 3). Entre los autores que allí recuerdo, se encuentra precisamente Taine. ¡Que M. Boutmy se entienda con su célebre compatriota! Su censura no podría aplicárseme, ya que, muy al contrario, no puede menos de señalar la injusticia y la exageración de las expresiones de Taine.

M. Boutmy ataca luego mi segunda proposición, a saber: el pensamiento de formular los derechos generales del hombre tiene su origen en los americanos del siglo XVII; fueron los primeros que lo pusieron en práctica, proclamando la libertad religiosa. Según él, el *Common Law*, los *Bills of Rights* ingleses, las condiciones sociales particulares de los americanos, las corrientes del pensamiento en el siglo XVIII, entrañarían una explicación suficiente de la formación de las declaraciones americanas.

Pero yo soy el primero en señalar la influencia del *Common Law* y de los *Bills of Rights* ingleses sobre el Derecho americano (pp. I2I, I22, I25, I26 y I79). Por otra parte, los desenvolvimientos de M. Boutmy sobre las ideas democráticas en América, corresponden, en el fondo, a las ideas que yo expreso (pp. I6I y I77).

Por último, señalo la importancia de las teorías filosóficas en las concepciones políticas del siglo XVIII (p. I78). Mas, con todo esto, para mí la cuestión persiste: ¿de dónde se deriva la concepción de los Derechos del hombre?

Según M. Boutmy, el primero de esos derechos, la libertad religiosa, surge directamente de la filosofía del siglo XVIII; lo que se entiende por libertad religiosa en el siglo XVIII, no tiene nada de común con la idea que de ella se ha formado en el siglo XVII.

Nos encontramos ante la misma confusión que antes. No tengo por qué examinar aquí la evolución de la idea de libertad religiosa; me limito a preguntar de qué manera se ha formulado como ley. La cuestión a que me refiero es la de saber en qué momento de la historia se han reconocido los Derechos del hombre, desde ese punto de vista, en un documento legislativo. Ahora bien: eso ha tenido efecto, por primera vez, en la antigua Carta de Rhode Island. He ahí un hecho cuya realidad no puede ser destruída por nadie.

Admitamos, si se quiere, que Roger Williams haya tendio tan escaso influjo sobre el desenvolvimiento de la idea de libertad religiosa en los Estados Unidos como M. Boutmy afirma; no por eso será menos cierto que los textos legislativos de Rhode Island, y de las demás colonias, se conocían. Ahora bien: sabemos que las Cartas de las colonias son el origen de nuestras Constituciones escritas. Admitimos como un hecho patente que han influído sobre las Constituciones ulteriores; reconocemos además que Rhode Island ha mantenido intacta su Constitución hasta I84I, manifestando con esto que se encontraba muy bien con esos venerables documentos. ¿Podemos ahora admitir que esos hechos hayan pasado inadvertidos para los americanos?

El punto importante, para el historiador, es fijar el origen de una regla jurídica. Aun cuando un texto se conserve intacto en su forma, las concepciones jurídicas pueden modificarse continuamente. El siglo XX tiene concepciones distintas de las del XVII sobre la libertad religiosa; sin embargo, hay textos legislativos idénticos o análogos; eso nos indica claramente el mecanismo de la evolución. ¡Y aun encontramos en la historia encadenamientos mucho más notables! Se ha observado, por ejemplo, que entre los pueblos antiguos y entre los modernos, los juegos son los mismos.

Igualmente se puede seguir, a través de los siglos, la tradición de los cuentos populares que se perpetúan por el universo entero, y en esos cuentos sobreviven todavía los viejos mitos. Uno de los más sagaces eruditos de la ciencia moderna, Fustel de Coulanges, ha demostrado que el origen de la adopción está en el culto de los antepasados. La consecuencia es que no osamos jamás afirmar que una manifestación de los tiempos presentes sea cosa original; ¡hasta tal punto nos creemos obligados a ser escépticos y desconfiados!

M. Boutmy se niega a ver lazo alguno entre los *Bills of Rights* americanos y las Cartas del siglo XVII. Lo mismo habría podido negar la legitimidad de las investigaciones a que acabamos de aludir y los resultados obtenidos. ¿Por qué los italianos de nuestros días habrán tomado el juego de mora de los egipcios? ¿Qué puede tener que ver nuestra adopción en el culto doméstico de los antiguos arios? ¿Han de ser, pues, manifestaciones completamente originales, autóctonas, porque no se puede demostrar de un modo estricto, riguroso, que se enlazan con el pasado?... Por tal manera es como se llega a negar toda dependencia histórica, y como se proscribe toda síntesis, cuyo objeto sea reunir hechos presentados con algún intervalo de tiempo. Las demostraciones de orden matemático han sido siempre, y siguen siendo, imposibles en materia de ciencia social.

Sin embargo, el estado de nuestras investigaciones históricas nos permite afirmar que la probabilidad está en pro de la conexión y el encadenamiento de los hechos; y siendo así, no nos toca procurar la prueba en contra, sino a nuestros adversarios; la presunción está en nuestro favor. También en este punto sentimos que M. Boutmy se dé por satisfecho con afirmar, sin más argumentos. Estima no demostrada la existencia de un lazo entre las proposiciones formuladas en el siglo XVII y las que lo han sido en el XVIII. Pero, según las ideas admitidas, en materia de método histórico eso no basta. Tocaba a M. Boutmy combatir la presunción, y demostrar que la existencia de ese lazo es cosa imposible e inconcebible.

Desde el día en que se formuló un derecho general del hombre y del ciudadano, tomó cuerpo la idea de llevar a los textos legislativos la exposición de esos derechos. La necesidad de introducir

otros más no se ha dejado sentir hasta el siglo XVIII; pero ya podían señalarse los signos precursores. En ese catálogo de derechos, la libertad religiosa se ha formulado la primera, habiéndose añadido sucesivamente los demás derechos. Pero de esto a decir que la libertad religiosa los contiene todos en potencia, y que proceden de ella directamente, hay alguna distancia. Cierto, la naturaleza de la libertad religiosa, los motivos que han influído sobre su adopción, pueden no haber sido los mismos en el siglo XVIII que en el XVII. Pero al formular por primera vez el principio de la libertad religiosa, se creaba el cuadro en que pudieron entrar después todas las demás libertades, y entre ellas la misma libertad religiosa, modificada según las ideas nuevas.

Y hablo siempre sólo de la forma jurídica, no del fondo de las ideas.

Pero, aun en lo que concierne al fondo de este conjunto de derechos de libertad, nos separa un abismo a M. Boutmy y a mí. Creemos, como juristas que somos, que el contenido de la libertad no puede determinarse en sí, positivamente, y definirse como tal. Estimamos que todas las libertades no son más que la negación de restricciones anteriores, impuestas a la actividad humana. Había una religión impuesta, había una coacción; he ahí por qué se proclama hoy la libertad religiosa; el peso de la censura que oprimía la Prensa ha hecho nacer la idea de la libertad de imprenta; la prohibición de agruparse ha provocado la libertad de asociación. Suprimiendo lo arbitrario del gobierno, sustituyendo con la ley la ordenanza de policía, es decir, poniendo la legalidad en vez del buen querer de arriba, se ha encontrado que se restringían las fuerzas opresoras del Estado respecto del individuo.

Hé ahí la única explicación que nos da la clave del concepto de libertad; sólo ella hace resaltar el valor práctico de los derechos que de ésta se desprenden. En esta limitación de la arbitrariedad del Estado es donde residen todas las libertades y todos los derechos de los pueblos modernos. Por el contrario, importa muy poco, para quien se ocupa con la organización jurídica y sus consecuencias, saber cuáles fueron, en cuanto al fondo mismo de la idea de libertad, las teorías americanas de los siglos XVII y XVIII y las de los filósofos franceses. El derecho reviste un carácter harto formal, harto "exteriorizado", para que esas especulaciones filosófi-

cas puedan encarnar en una forma jurídica. Tomemos como ejemplo esta proposición: "el Estado debe garantir la libertad de conciencia"; no se pregunta si se trata de proteger la piedad o el ateísmo, ni aun siquiera si el legislador tendrá la intención formal de favorecer la religión. El alcance jurídico de esas leyes está, por completo, en el hecho de que indican sólo aquello en que es preciso abstenerse; no dicen, por el contrario, lo que conviene hacer. La legitimidad de un hecho positivo puede ser apreciada de diferentes maneras; pero el derecho no tiene por qué pesar los motivos de la abstención del acto que prohibe. El Estado ordena que no se robe; poco le importa que se haya determinado el agente por el temor al castigo, por un sentimiento de respeto a la ley, o bien que se ceda a preocupaciones religiosas o morales. Le basta que la ley sea obedecida.

Estas observaciones no tienen la pretensión de disminuir en nada ni la utilidad ni la importancia de los estudios que tienen por objeto investigar cuáles fueron, en las diferentes épocas y en los diferentes pueblos, las concepciones dominantes sobre el contenido de la idea de libertad ¡tan ondulante! Pero los resultados de semejantes estudios —no podía ser de otro modo— conservan siempre algo de la personalidad de su autor, y esto es lo que los diferencia del estudio de las reglas incontestables del derecho. ¡Cómo dudar que en ese punto M. Boutmy sea un maestro! El artículo que consagra a mi "Declaración" lo demuestra sin discusión posible. Pero si me pregunto en qué se ha referido M. Boutmy a las proposiciones que me he esforzado por sentar, si busco en qué han podido lesionar mis tesis sus argumentos, me atrevo a decir, y creo haberlo demostrado muy bien, que no encuentro nada!

LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE VIRGINIA DE I2 DE JUNIO DE I776

A Declaration of Rights

Made by the Representatives of the good People of Virginia, assembled in full and free Convention, which rights do pertain to them and their posterity as the basis and foundation of government.

I. That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rigts, of which, when they enter into a state of society, they cannot by any compact deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

II. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them.

III. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation or community; of all the various modes and forms of government, that is best, which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety, and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that, when a government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conductive to the public weal.

IV. That no man, or set of men, are entitled to exclusive or separate emoluments of privileges from the community but in consideration of public services, which not being descendible, neither ought the offices of magistrate, legislator or judge to be hereditary.

V. That the legislative, executive and judicial powers should be separate and distinct; and that the members thereof may be restrained from oppression, by feeling and participating the burthens of the people, they should, at fixed periods, be reduced to a private station, return into that body from which they were originally taken, and the vacancies be supplied by frequent, certain and regular elections, in which all, or any part of the former members to be again eligible or ineligible, as the laws shall direct.

VI. That all elections ought to be free, and that all men having sufficient evidence of permanent common interest with, and attachment to the community, have the right of suffrage, and cannot be taxed, or deprived of their property for public uses, without their own consent, or that of their representatives so elected, nor bound by any law to which they have not in like manner assented, for the public good.

VII. That all power of suspending laws, or the execution of laws by any authority, without consent of representatives of the people, is injurious to their rights, and ought not to be exercised.

VIII. That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favour, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers.

IX. That excessive bail ought not to be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

X. That general warrants, whereby an officer or messenger may be commended to search suspected places without evidence of a fact committed, or to seize any person or persons not named, or whose offence is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppresive, and ought not to be granted.

XI. That in controversies respecting property, and in suits between man and man, the ancient trial by jury of twelve men is preferable to any other, and ought to be held sacred.

XII. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.

XIII. That a well-regulated militia, composed of the body of the people, trained to arms, is the proper, natural and safe defence of a free State; that standing armies in time of peace should be avoided as dangerous to liberty; and that in all cases the military should be under strict subordination to and governed by, the civil power.

XIV. That the people have a right to uniform government; and therefore that no government separate from or independent of the government of Virginia ought to be erectet or established within the limits thereof.

XV. That no free government, or the blessing of liberty, can be preserved to any people, but by a firm adherence to justice, moderation, temperance, frugality and virtue, and by a frequent recurrence to fundamental principles.

XVI. That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the duty of all the practice Christian forbearance, love and charity towards each other.

DECLARACIÓN DE DERECHOS

Hecha por los Representantes del buen Pueblo de Virginia, reunidos en plena y libre Convención; derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento del gobierno.

I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún contrato, privar o despojar a su posteridad; especialmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y de poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.

II. Que todo poder reside en el pueblo, y por consiguiente, de él se deriva; que los magistrados son sus mandatarios y servidores, y en todo tiempo responsables ante él.

III. Que el gobierno es o debe ser instituído para el común beneficio, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; que de todos los modos y formas de gobierno, la mejor es la que sea capaz de producir el más alto grado de felicidad y seguridad, y esté más eficazmente garantida contra el peligro de una mala administración; y que cuando el gobierno resulte inadecuado o contrario a estos fines, la mayoría de la comunidad tiene el derecho indubitable, inalienable e indefectible de reformarlo, cambiarlo o abolirlo del modo que juzgue más apropiado para el bien público.

IV. Que ningún hombre, ni grupo de hombres, tienen título para recibir de la comunidad emolumentos o privilegios exclusivos o distintos, sino en atención a servicios públicos, y no siendo éstos hereditarios, tampoco pueden serlo los oficios de magistrado, legislador o juez.

V. Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y distintos, y que a sus miembros se les puede impedir la opresión, haciéndoles sentir las cargas del pueblo y participar de ellas; y que deben, en períodos fijos, ser reducidos a la condición privada, volviendo al cuerpo de donde originariamente han salido; proveyéndose las vacantes por elecciones frecuentes, ciertas y regulares, en las cuales todos o parte de los anteriores miembros sean reelegibles o no, según lo que las leyes ordenen.

VI. Que todas las elecciones deben ser libres, y que todos los hombres que ofrezcan garantía suficiente de un interés común permanente y de amor a la comunidad tienen derecho de sufragio; y que no pueden ser gravados en su propiedad ni privados de ella por utilidad pública sin su consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni obligados por ninguna ley para el bien público, a la cual no hubieran dado por tal manera su asentimiento.

VII. Que todo poder de suspender las leyes o su ejecución por cualquier autoridad sin el consentimiento de los representantes del pueblo, es contrario a sus derechos y no debe ser ejercido.

VIII. Que en toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a su favor y a ser juzgado rapidamente por un jurado imparcial de doce vecinos, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable; que no puede ser compelido a declarar contra sí propio; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares.

IX. Que no deben exigirse fianzas excesivas, ni imponerse multas excesivas, ni castigos crueles y desusados.

X. Que los mandamientos generales, en virtud de los cuales un funcionario o agente sea requerido para realizar investigaciones en lugares sospechosos sin la prueba del hecho cometido, o para detener a una persona o personas no designadas nominalmente o cuyo delito no esté particularmente determinado y apoyado en pruebas, son ofensivos y opresivos y no deben ser autorizados.

XI. Que en las contiendas sobre propiedad y entre hombre y hombre, el antiguo juicio por jurado de doce hombres es preferible a cualquier otro y debe ser tenido por sagrado.

XII. Que la libertad de la prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y jamás puede ser restringida sino por un gobierno despótico.

XIII. Que la milicia regular, compuesta por el pueblo, instruído en las armas, es la defensa propia, natural y segura de un Estado libre; que los ejércitos permanentes en tiempos de paz deben ser evitados como peligrosos para la libertad; y que en todos los casos, la fuerza militar debe estar estrictamente subordinada y gobernada por el poder civil.

XIV. Que el pueblo tiene derecho a un gobierno uniforme; y, por tanto, que ningún gobierno separado o independiente del gobierno de Virginia, debe ser erigido o establecido dentro de sus límites.

XV. Que ningún gobierno libre ni el beneficio de la libertad pueden ser asegurados a ningún pueblo sino mediante la firme adhesión a la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, y recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales.

XVI. Que la religión, o los deberes que nosotros tenemos para con nuestro Creador y la manera de cumplirlos, sólo pueden ser dirigidos por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por consiguiente, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia, y que es un deber de todos practicar entre sí la resignación, el amor y la caridad cristianos.

Apéndice

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 26 DE AGOSTO DE 1789

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta Declaración, presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Poder Ejecutivo, pudiendo ser comparados en todo momento con el fin de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante sobre los principios simples e indiscutibles, repercutan siempre en el mantenimiento de la Constitución y en la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 1o. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común.

Artículo 2o. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3o. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

Artículo 4o. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden estar determinados por la Ley.

Artículo 5o. La Ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquélla no ordena.

Artículo 6o. La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o a través de sus representantes, a su formación. Debe ser la misma para todos, ya proteja o ya castigue. Al ser todos los ciudadanos iguales ante sus ojos, son por igual admisibles a todas las dignidades, plazas y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

Artículo 7o. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la Ley, y según las formas prescritas por ella. Los que solicitan, expidan, ejercitan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano reclamado o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer al instante: si se resiste, se hace culpable.

Artículo 8o. La Ley no debe establecer más que penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada.

Artículo 9o. Al presumirse que todo hombre es inocente en tanto no haya sido declarado culpable, si se estimara indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para asegurarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley.

Artículo 10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley.

Artículo 11. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la Ley.

Artículo 12. La garantía de los Derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; esta fuerza es, pues, instituida para el beneficio de todos, y no para utilidad particular de aquellos a quienes es confiada.

Artículo 13. Para mantener una fuerza pública, y para los gastos de administración, es indispensable una contribución común: debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos, en razón de sus posibilidades.

Artículo 14. Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por ellos mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, consentirla libremente, vigilar su empleo, determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración.

Artículo 15. La sociedad tiene derecho a pedir cuentas a todo agente público por su administración.

Artículo 16. Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución.

Artículo 17. Al ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, a no ser que le exija evidentemente la necesidad pública, constatada legalmente, y con la condición de una indemnización justa y previa.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 14 de agosto de 2000 en los talleres de Formación Gráfica, S. A. de C. V. En esta edición se usó papel cultural 57 x 87 de 37 kgs. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.